



ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា
ជាតិ សាសនា ព្រះមហាក្សត្រ

Kingdom of Cambodia
Nation Religion King

អង្គជំនុំជម្រះវិសាមញ្ញក្នុងតុលាការកម្ពុជា
Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

Royaume du Cambodge
Nation Religion Roi

អង្គបុរេជំនុំជម្រះ
Pre-Trial Chamber
Chambre Préliminaire

CERTIFIED COPY / COPIE CERTIFIÉE CONFORME
ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ ត្រូវបានបញ្ជាក់ (Certified Date/Date de certification):
..... 21 / 06 / 2010

D97/15/9

មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé
du dossier: Ueh Arun

Au nom du peuple cambodgien et de l'Organisation des Nations Unies et en application de la Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique

Dossier n° : 002/19-09-2007-CETC-CP/BCJI (CP 38)

Composée comme suit :
M. le juge PRAK Kimsan, Président
M. le juge Rowan DOWNING
M. le juge NEY Thol
Mme la juge Catherine MARCHI-UHEL
M. le juge PEN Pichsaly

ឯកសារដើម

ORIGINAL DOCUMENT / DOCUMENT ORIGINAL

ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ ទទួលបាន (Date of receipt/Date de reception):

..... 21 / 06 / 2010

ម៉ោង (Time/Heure): 11:20

មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé
du dossier: Ueh Arun

Date : 20 mai 2010

PUBLIC

**DÉCISION RELATIVE AUX APPELS INTERJETÉS CONTRE
L'ORDONNANCE DES CO-JUGES D'INSTRUCTION SUR
L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE**

Co-Procureurs

Mme CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Personnes mises en examen

Mme IENG Thirith
M. IENG Sary
M. KHIEU Samphan

Avocats des parties civiles

M^c NY Chandy
M^c Mahdev MOHAN
M^c NGUYEN Lyma
M^c KIM Menghky
M^c MOCH Sovannary
M^c Elizabeth-Joëlle RABESANDRATANA
M^c Annie DELAHAIE
M^c Philippe CANONNE
M^c Martine JACQUIN
M^c Fabienne TRUSSES-NAPROUS
M^c Françoise GUTRY
M^c Isabelle DURAND
M^c Christine MARTINEAU
M^c Laure DESFORGES

Co-avocats de la Défense

M^c PHAT Pouy Seang
M^c Diana ELLIS
M^c ANG Udom
M^c Michael G. KARNAVAS
M^c SA Sovan
M^c Jacques VERGÈS

Co-juges d'instruction

M. le juge YOU Bunleng
M. le juge Marcel LEMONDE



M^e Ferdinand DJAMMEN-NZEPA
M^e LOR Chunthy
M^e SIN Soworn
M^e SAM Sokong
M^e HONG Kim Suon
M^e KONG Pisey
M^e KONG Heng
M^e Silke STUDZINSKY
M^e Olivier BAHOUgne
M^e Marie GUIRAUD
M^e Patrick BAUDOIN
M^e CHET Vanly
M^e ANG Pich
M^e Julien RIVET
M^e Pascal AUBOIN
M^e YUNG Phanit



TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----------|
| I. RAPPEL DE LA PROCÉDURE..... | 4 |
| II. BRÈVE PRÉSENTATION DES APPELS..... | 8 |
| III. DE LA RECEVABILITÉ DES APPELS..... | 12 |
| A. L'ORDONNANCE CONTESTÉE CONSTITUE-T-ELLE EFFECTIVEMENT UNE « ORDONNANCE » OU UNE « DÉCISION », OU N'EST-ELLE QU'UNE SIMPLE « DÉCLARATION » ?..... | 13 |
| B. L'ORDONNANCE CONTESTÉE EST-ELLE SUSCEPTIBLE D'APPEL EN VERTU DE LA RÈGLE 74 3) A) DU RÈGLEMENT ?..... | 14 |
| C. L'ORDONNANCE CONTESTÉE EST-ELLE SUSCEPTIBLE D'APPEL EN VERTU DE LA RÈGLE 74 3) B) DU RÈGLEMENT ? | 18 |
| D. LES FAITS ET CIRCONSTANCES DES APPELS EXIGENT-ILS D'ÉLARGIR L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE 74 3) DU RÈGLEMENT À L'EFFET DE GARANTIR L'ÉQUITÉ DE LA PROCÉDURE ENGAGÉE CONTRE LES PERSONNES MISES EN EXAMEN ? | 20 |
| E. LE REJET DES APPELS SANS EXAMEN AU FOND IRAIT-IL DANS LE SENS DE L'ÉCONOMIE DE LA PROCÉDURE ? | 23 |
| IV. EXAMEN AU FOND..... | 23 |
| A. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE CONSTITUAIT-ELLE UNE FORME DE RESPONSABILITÉ AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER AVANT 1975 ? | 33 |
| B. LA PREMIÈRE CATÉGORIE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE A-T-ELLE ÉTÉ VALABLEMENT RETENUE DANS LE RÉQUISITOIRE INTRODUCTIF ? | 64 |
| C. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE S'APPLIQUE-T-ELLE TANT AUX CRIMES DE DROIT INTERNE QU'AUX CRIMES INTERNATIONAUX ? | 72 |



LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (la « Chambre » et les « CETC ») est saisie des appels intitulés « *Ieng Thirith Defence Appeal Against 'Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise' of 8 December 2009* », déposé le 18 janvier 2010 (l'« Appel de IENG Thirith »), « *Ieng Sary's Appeal Against the OCIJ's Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise* », déposé le 22 janvier 2010 (l'« Appel de IENG Sary »), « Appel contre l'ordonnance sur l'application devant les CETC de la responsabilité dite "Entreprise Criminelle Commune" », déposé par KHIEU Samphan le 18 janvier 2010 (l'« Appel de KHIEU Samphan »), et « Mémoire en appel de l'ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite "Entreprise Criminelle Commune" », déposé par les co-avocats des parties civiles le 8 janvier 2010 (l'« Appel des parties civiles »).

I. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. Les Appels sont interjetés dans le cadre de l'instruction menée contre NUON Chea, IENG Sary, IENG Thirith, KHIEU Samphan et KAING Guek Eav alias Duch, des chefs de crimes contre l'humanité et de violations graves des Conventions de Genève du 12 août 1949, infractions visées aux articles 5, 6 et 29 (nouveau) de la Loi du 27 octobre 2004 relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (la « Loi relative aux CETC »).

2. Le 28 juillet 2008, la Défense de IENG Sary a saisi les co-juges d'instruction d'une requête par laquelle elle s'opposait à ce que puisse être retenue devant les CETC la responsabilité pénale découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune (la « Requête de IENG Sary ») et demandait aux magistrats instructeurs de déclarer que cette forme de responsabilité (l'« entreprise criminelle commune ») n'était pas applicable devant les CETC¹, arguant, d'une part, 1) qu'il en résulterait une violation du principe de légalité, dès lors que l'entreprise criminelle commune n'était pas consacrée par le droit international



¹ « Requête de IENG Sary par laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune puisse être retenue devant les CETC », 28 juillet 2008, doc. n° D97 (la « Requête de IENG Sary »). Le Bureau des co-procureurs (les « co-procureurs ») a déposé une réponse le 11 août 2008 : « Réponse des co-procureurs à la requête déposée par IENG Sary concernant la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune », 11 août 2008, doc. n° D97/II (la « Réponse des co-procureurs »).

coutumier avant ou pendant la période de 1975 à 1979, non plus qu'elle ne l'était à l'heure actuelle², et, d'autre part, 2) que l'entreprise criminelle commune n'était ni visée par la Loi relative aux CETC, ni prévue par le droit cambodgien, ni reconnue par une convention internationale pertinente devant les CETC³. À l'invitation des co-juges d'instruction, la Défense de IENG Sary a déposé des Observations supplémentaires le 24 novembre 2008⁴. La Défense de IENG Thirith a fait de même le 30 décembre 2008⁵, souscrivant aux arguments avancés dans les Requête et Observations supplémentaires de IENG Sary⁶, faisant valoir à titre subsidiaire que seule la première catégorie d'entreprise criminelle commune pouvait trouver application devant les CETC et soutenant en outre que l'entreprise criminelle commune n'avait pas été valablement retenue dans le Réquisitoire introductif⁷. Le même jour, NUON Chea a déposé des Observations⁸ à l'appui des thèses susmentionnées. Le 24 décembre 2008, la Défense de KAING Guek Eav a indiqué qu'elle ne donnerait pas suite à l'invitation des co-juges d'instruction⁹. Les co-avocats des parties civiles ont déposé des Observations supplémentaires le 30 décembre 2008¹⁰, faisant valoir que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne saurait s'appliquer devant les CETC dès lors que, faute

² Requête de IENG Sary, para. 29 ; « *IENG Sary's Supplementary Observations on the Application of the Theory of Joint Criminal Enterprise at the ECCC* », 24 novembre 2008, doc. n° D97/7 (« Observations supplémentaires de IENG Sary »), section I A).

³ Requête de IENG Sary, p. 1 et 2 ; Observations supplémentaires de IENG Sary, section I B) à F), p. 2.

⁴ Observations supplémentaires de IENG Sary. La Défense de IENG Sary résume comme suit ses Observations supplémentaires : 1) l'entreprise criminelle commune ne saurait être retenue devant les CETC, car cela emporterait violation du principe *nullum crimen sine lege* ; 2) elle n'est pas une forme de responsabilité relevant de la compétence des CETC aux termes de l'article 29 de Loi relative aux CETC, qui n'en fait pas explicitement mention, et ne saurait être considérée comme une forme de « commission » ; 3) elle n'était pas reconnue par le droit cambodgien en vigueur de 1975 à 1979 ; 4) elle ne relève pas aujourd'hui du droit international coutumier et n'en relevait pas non plus entre 1975 et 1979 ; 5) elle n'était prévisible ni accessible durant la période allant de 1975 à 1979 ; 6) le droit international coutumier n'étant pas d'application devant les juridictions cambodgiennes, il ne saurait l'être devant les CETC. Observations supplémentaires de IENG Sary, section I.

⁵ « Observations de IENG Thirith concernant l'application devant les CETC de la forme de responsabilité découlant d'une participation à une "entreprise criminelle commune", soumises conformément à l'invitation donnée par les co-juges d'instruction dans leur ordonnance du 16 septembre 2008 » 30 décembre 2008, doc. n° D97/3/2 (les « Observations de IENG Thirith »).

⁶ Observations de IENG Thirith, par. 28.

⁷ Ibid., par. 29 et 31.

⁸ « Observations sur l'application devant les CETC de la forme de responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune », 30 décembre 2008, doc. n° D97/3/3 (« Observations de NUON Chea »).

⁹ « Observations de la Défense sur l'application de la forme de responsabilité connue sous le nom d'entreprise criminelle commune » (déposées par la Défense de KAING Guek Eav alias Duch), 24 décembre 2008, doc. n° D97/3/1, par. 2.

¹⁰ « *Response of Co-Lawyers for the Civil Parties on Joint Criminal Enterprise* », 30 décembre 2008, doc. n° D97/3/4 (les « Observations des parties civiles »).



d'être visée dans le Code pénal cambodgien de 1956 et dans la Loi relative aux CETC, cette forme de responsabilité ne faisait pas partie du droit international coutumier aux moments des faits, c'est-à-dire entre 1975 et 1979, et que le fait de retenir reviendrait à violer le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹¹.

3. Le 9 mars 2010, la Chambre a décidé de trancher les Appels sur la base des seules écritures des parties¹².

4. Dans l'Ordonnance contestée, les co-juges d'instruction ont rendu les conclusions suivantes relativement à la Requête de IENG Sary :

- a) Il n'est pas fait spécifiquement référence à l'entreprise criminelle commune à l'article 29 de la Loi relative aux CETC, mais le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹³ l'a considérée, en son Appel *Tadić*, comme une forme de commission engageant la responsabilité pénale et se présentant sous trois catégories dotées du même élément matériel et différenciées par l'élément moral¹⁴.
- b) Il y a lieu, pour respecter le principe de légalité, de déterminer si l'entreprise criminelle commune faisait partie du droit applicable à l'époque des faits reprochés¹⁵. Il faut pour cela « être convaincu qu'à l'époque des faits, la responsabilité pénale en question était suffisamment prévisible et la législation y

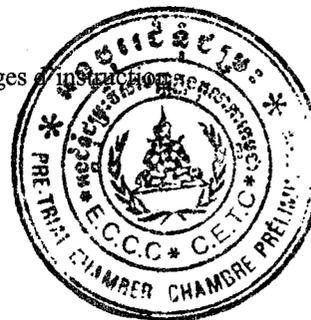
¹¹ Observations des parties civiles, par. 34.

¹² « Décision sur l'opportunité de trancher les appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative à la théorie de l'entreprise criminelle commune sur la seule base des observations écrites des parties et instructions relatives au dépôt des répliques », 9 mars 2010, doc. n° D97/14/11.

¹³ *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, « Arrêt », 15 juillet 1999 (l'« Arrête *Tadić* »).

¹⁴ Ordonnance contestée, par.13 à 17, où les éléments matériels requis pour constituer ce mode de participation sont énumérés comme étant la pluralité de personnes, l'existence d'un objectif commun se traduisant par la commission d'un crime prévu par la loi ou engendrant la commission d'un tel crime, et la participation personnelle de l'accusé à l'objectif commun. La deuxième catégorie (*systemique*) est une variante de la première (*élémentaire*) : dans un cas comme dans l'autre, l'accusé et les autres personnes impliquées dans l'entreprise criminelle commune doivent partager l'intention de commettre le ou les crimes relevant de l'objectif commun. La troisième catégorie (*élargie*) engage la responsabilité de l'accusé pour la commission de crimes étrangers à l'objectif commun, pour autant qu'il sache que ces crimes sont la conséquence naturelle et prévisible de l'objectif commun et qu'il prenne délibérément le risque qu'ils soient commis.

¹⁵ Ordonnance contestée, par. 18.



afférente suffisamment accessible »¹⁶. Ces conditions peuvent être remplies « si les actes allégués étaient reconnus comme criminels par le droit national ou international »¹⁷.

- c) « [L]a mise en application du droit international coutumier devant les CETC est le corollaire du constat que les CETC présentent les caractéristiques d'un tribunal international qui applique le droit international »¹⁸.
- d) « Prenant en considération les aspects internationaux des CETC, ainsi que le fait que la jurisprudence sur laquelle se fonde la notion [d'entreprise criminelle commune] préexistait aux événements faisant l'objet des investigations devant les CETC, [...] il existe un fondement en droit international pour la mise en application [de l'entreprise criminelle commune] » devant les CETC¹⁹.
- e) « [C]onformément aux principes d'interprétation des régimes juridiques autonomes [...], les modes de responsabilité relatifs aux crimes internationaux ne peuvent s'appliquer qu'aux crimes internationaux. »²⁰

5. Par conséquent, les co-juges d'instruction ont dit que l'entreprise criminelle commune ne s'appliquait pas aux crimes de droit interne. S'agissant des crimes internationaux, ils ont rejeté la Requête de IENG Sary en déclarant que « l'élément matériel et l'élément moral » des première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune, ainsi que l'élément matériel de la troisième catégorie, étaient d'application devant les CETC²¹, et ont partiellement fait droit à ladite Requête en déclarant « que l'élément moral de [la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune] ne s'appliqu[ait] devant les CETC que dans la

¹⁶ Ibid, par. 19, citant *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, affaire n° IT-99-37-AR72, « Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – *Entreprise criminelle commune* », 21 mai 2003 (l' « Arrêt *Ojdanić* relatif l'entreprise criminelle commune »), par. 37.

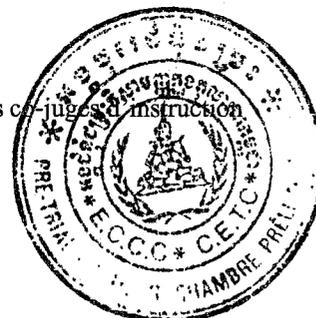
¹⁷ Ordonnance contestée, par. 20.

¹⁸ Ibid., par. 21.

¹⁹ Id.

²⁰ Ordonnance contestée, par. 22 et 23.

²¹ Ibid., clause d'application.



mesure où l'acceptation subjective des conséquences naturelles et prévisibles de la mise en œuvre de l'objectif commun [était] établie »²².

II. BRÈVE PRÉSENTATION DES APPELS

6. IENG Thirith se fonde sur les sept moyens ci-dessous pour demander à la Chambre « d'annuler l'Ordonnance contestée et de dire que l'entreprise criminelle commune n'est pas une forme de responsabilité relevant de la compétence des CETC »²³ [traduction], ou, à titre subsidiaire, de déclarer que les deuxième et troisième catégories d'entreprise criminelle commune sont des formes de responsabilité qui ne sauraient être retenues devant les CETC au motif qu'elles n'avaient pas été suffisamment établies dans le Réquisitoire introductif, ce qui en proscrivait l'application dans le dossier n° 002. En son premier moyen, IENG Thirith fait valoir que l'Ordonnance contestée « manque de clarté et est ambiguë » [traduction] dans sa formulation de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune²⁴. En son deuxième moyen, elle fait grief aux co-juges d'instruction d'avoir rejeté sans motivation l'argument de la Défense selon lequel l'Arrêt *Tadić* n'était pas « un précédent suffisant en droit pénal international pour justifier l'imputation de l'entreprise criminelle commune »²⁵ [traduction]. En son troisième moyen, elle reproche aux co-juges d'instruction de ne pas avoir examiné son propre argument selon lequel l'entreprise criminelle commune n'avait pas été suffisamment établie dans le Réquisitoire introductif²⁶. Selon son quatrième moyen, « l'application de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne trouve pas de justification au Cambodge entre 1975 et 1979, et quant à la deuxième catégorie, cette justification est ambiguë »²⁷ [traduction]. En son cinquième moyen, IENG Thirith soutient que les co-juges d'instruction ont considéré à tort que les deuxième et troisième catégories d'entreprise criminelle commune trouvaient application devant les CETC, affirmant que « la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'était pas reconnue

²² Id.

²³ Appel de IENG Thirith, par. 1.

²⁴ Ibid., par. 9.

²⁵ Ibid., par. 22 à 24.

²⁶ Ibid., par. 28.

²⁷ Ibid., par. 38.



en droit cambodgien [avant et pendant la période allant de] 1975 à 1979 [et que] la justification de la deuxième catégorie était ambiguë »²⁸ [traduction]. Selon le sixième moyen, l'Ordonnance contestée « n'a pas conclu à l'existence des trois catégories d'entreprise criminelle commune en droit international coutumier à l'époque des faits »²⁹ [traduction]. En son septième moyen, IENG Thirith allègue que l'Ordonnance contestée a conclu de façon implicite que les « trois catégories d'entreprise criminelle commune faisaient partie du droit international coutumier au moment des faits » [traduction], alors que cette conclusion était sans fondement³⁰.

7. IENG Sary fait valoir que les co-juges d'instruction ont fait erreur à cinq égards dans le raisonnement qui les a amenés à dire que l'entreprise criminelle commune était applicable devant les CETC en considérant a) que « les CETC présent[ai]ent les caractéristiques d'un tribunal international » [traduction], alors qu'elles sont une juridiction cambodgienne³¹, b) que les CETC étaient habilitées à appliquer directement le droit international coutumier, alors qu'il n'existe pas de dispositions constitutionnelles, législatives ou jurisprudentielles incorporant ce droit international coutumier dans le droit cambodgien³², c) que « l'entreprise criminelle commune faisait effectivement partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979 » [traduction], alors qu'ils n'ont pas effectué d'analyse indépendante de cette question³³, d) que « l'entreprise criminelle commune telle qu'articulée dans l'Arrêt *Tadié* [pouvait] relever de la "commission" au sens de l'article 29 » [traduction] de la Loi relative aux CETC³⁴, et e) que « l'application de l'entreprise criminelle commune n'emport[ait] pas violation du principe de légalité »³⁵ [traduction].

8. KHIEU Samphan fait valoir que l'Ordonnance contestée a été rendue tardivement³⁶ et que, de ce fait, il n'a pas été dûment notifié des charges retenues contre lui³⁷. Il affirme

²⁸ Ibid., par. 44.

²⁹ Ibid., par. 52.

³⁰ Ibid., par. 60.

³¹ Appel de IENG Sary, par. 2 a).

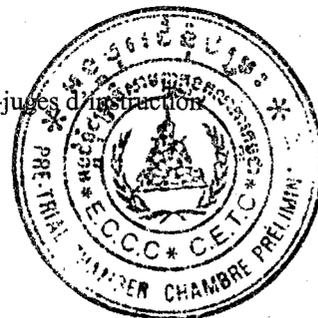
³² Ibid., par. 2 b). L'Appel de IENG Thirith présente une argumentation similaire en son cinquième moyen.

³³ Ibid., par. 2 c).

³⁴ Ibid., par. 2 d).

³⁵ Ibid., par. 2 e).

³⁶ Appel de KHIEU Samphan, par. 45 à 51.



également que l'entreprise criminelle commune n'est pas applicable devant les CETC³⁸. Enfin, il reproche à l'Ordonnance contestée d'instituer un système répressif à deux vitesses, alors que ni le Code pénal de 1956, ni l'article 29 de la Loi relative aux CETC ne font référence à un régime juridique autonome qui régirait les crimes internationaux, et que, dès lors, les textes légaux doivent être interprétés d'une façon uniforme et favorable à la personne mise en examen³⁹.

9. Les co-avocats des parties civiles font valoir que les trois catégories d'entreprise criminelle commune s'appliquent devant les CETC tant aux crimes de droit international qu'à ceux visés par le Code pénal cambodgien de 1956. Ils affirment que « la reconnaissance de responsabilité au titre de l'[entreprise criminelle commune] existait en droit cambodgien en 1956 sous les vocables “coaction et complicité” et englobait à minima les deux premières catégories d'[entreprise criminelle commune] »⁴⁰. Partant, ils demandent la reformation de l'Ordonnance contestée en ce qu'elle conclut à la non-applicabilité de l'entreprise criminelle commune au regard du droit cambodgien⁴¹.

10. Dans leur Réponse unique⁴², les co-procureurs demandent à la Chambre « de rejeter les Appels au motif qu'ils sont à la fois irrecevables et mal fondés », dès lors 1) que « l'entreprise criminelle commune relève du droit [international coutumier] depuis les années 40 », 2) qu' « elle trouve application devant les CETC puisque celles-ci connaissent

³⁷ Ibid., par. 52 à 55.

³⁸ Ibid., par. 56 à 59 (les co-avocats de KHIEU Samphan reprennent à leur compte les arguments développés par leurs confrères de la Défense, tout en soulignant que la conclusion des co-juges d'instruction n'est pas une conclusion qui s'impose juridiquement, mais « une décision d'opportunité, qui répond à des objectifs de répression », emporte violation « des principes les plus fondamentaux établis et consacrés par le droit » et contrevient « tant à l'esprit qu'à la lettre de la Loi et de l'Accord sur les CETC »).

³⁹ Appel de KHIEU Samphan, par. 60 à 71.

⁴⁰ « Mémoire en appel de l'ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite “Entreprise criminelle commune”, 8 janvier 2010, doc. n° D97/17/1 (« Appel des parties civiles »), par. 10.

⁴¹ Pour le reste, l'Appel des parties civiles ne querelle pas l'Ordonnance contestée, mais la soutient.

⁴² Par décision du 9 février 2010, la Chambre a accueilli la double demande des co-procureurs aux fins de prorogation du délai et de dépassement du nombre de pages autorisé pour répondre aux Appels (26 janvier 2010, doc. n° D97/15/2), les autorisant à déposer une réponse de 40 pages le 19 février 2010 au plus tard. « Décision relative aux demandes des co-procureurs aux fins de prorogation de délai et de dépassement du nombre de pages autorisé pour déposer une réponse unique aux appels de IENG Thirith, KHIEU Samphan, IENG Sary et de certaines parties civiles contre l'ordonnance concernant l'applicabilité, devant les CETC, de la théorie de l'entreprise criminelle commune », 9 février 2010, doc. n° D97/16/4.



de crimes internationaux et présentent [...] les caractéristiques d'une juridiction internationale » et 3) qu' « elle s'applique au Cambodge en tant que forme de responsabilité du droit international coutumier, peu importe qu'elle soit incorporée ou non dans la législation nationale »⁴³.

11. Par décision du 9 mars 2010⁴⁴, la Chambre a décidé de trancher les Appels sur la seule base des seules observations écrites des parties et a enjoint aux co-avocats des personnes mises en examen de déposer leurs répliques à la Réponse unique des co-procureurs dans les cinq jours.

12. Le 15 mars 2010, la Défense de IENG Thirith a déposé une réplique à la Réponse unique des co-procureurs⁴⁵.

13. Le 18 mars 2010, la Défense de IENG Sary a déposé une réplique intitulée « *IENG Sary's Reply to the Co-Prosecutors' Response to IENG Sary, IENG Thirith and KHIEU Samphan's Appeals on Joint Criminal Enterprise* » (la « Réplique de IENG Sary »)⁴⁶.

14. Le 25 mars 2010, la Défense de KHIEU Samphan la « Réplique de la Défense de M. KHIEU Samphan à la réponse unique des co-procureurs relativement à l'entreprise criminelle commune » (la « Réplique de KHIEU Samphan »)⁴⁷.

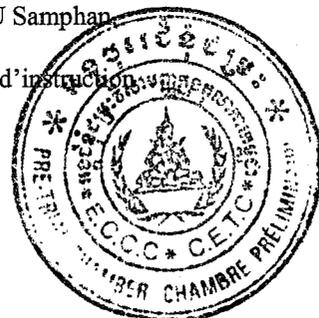
⁴³ « Réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par IENG Sary, IENG Thirith et KHIEU Samphan relativement à l'entreprise criminelle commune », 19 février 2010, doc. n° D97/16/5 (la « Réponse unique des co-procureurs »), par. 3.

⁴⁴ « Décision sur l'opportunité de trancher les appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative à la théorie de l'entreprise criminelle commune sur la seule base des observations écrites des parties et instructions relatives au dépôt de répliques », 9 mars 2010, doc. n° D97/14/11.

⁴⁵ « *Defence Reply to Co-Prosecutors' Response to Defence Appeal on the Application of Joint Criminal Enterprise* », 15 mars 2010, doc. n° D97/15/8 (la « Réplique de IENG Thirith »).

⁴⁶ Voir « Décision relative à la demande de la Défense en prorogation du délai pour déposer une réplique à la Réponse unique des co-procureurs à l'appel », 12 mars 2010, doc. n° D97/14/13, accordant la prorogation de délai sollicitée par IENG Sary.

⁴⁷ Voir « Décision relative à la demande de la Défense en prorogation du délai pour déposer une réplique à la réponse unique des co-procureurs à l'appel relatif à l'entreprise criminelle commune », 23 mars 2010, doc. n° D97/16/8, accordant la prorogation de délai sollicitée par KHIEU Samphan.



15. Le 18 mars 2010, conformément à la décision relative à sa demande de prorogation de délai⁴⁸, la Défense de IENG Sary a déposé une réplique⁴⁹.

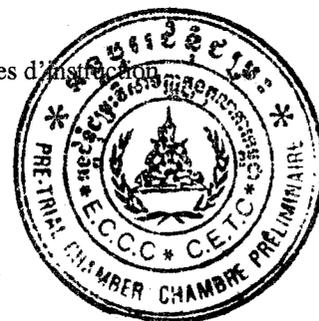
III. DE LA RECEVABILITÉ DES APPELS

16. À titre préliminaire, la Chambre note que si les Appels de IENG Sary, IENG Thirith et KHIEU Samphan sont interjetés sur le fondement de la règle 74 3) a) du Règlement intérieur (le « Règlement ») habilitant le mis en examen à faire appel d'ordonnances des co-juges d'instruction reconnaissant la compétence des CETC, IENG Thirith soulève aussi en ses moyens d'appel des arguments qui ne sauraient en aucun cas se rapporter à une question de compétence. D'abord, en leurs deuxième, quatrième, cinquième et sixième moyens, les co-avocats de IENG Thirith font valoir que les CETC n'ont pas compétence pour retenir l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité dans le dossier n° 002, ou, à titre subsidiaire, pour appliquer la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune dans ce même dossier⁵⁰. Ensuite, en leurs premier et troisième moyens, ils font valoir que les co-procureurs n'ont pas suffisamment établi les première et troisième catégories d'entreprise criminelle commune dans le Réquisitoire introductif, ou que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'est pas valablement formulée dans l'Ordonnance contestée, et que, par conséquent, ces catégories d'entreprise criminelle commune ne sauraient trouver application dans le dossier n° 002. La Chambre est d'avis que les premier et troisième moyens d'appel ne portent pas sur la compétence des CETC, mais sur la question de savoir si les personnes mises en examen avaient été suffisamment informées des charges retenues à leur rencontre.

⁴⁸ « Décision relative à la demande de la Défense en prorogation du délai pour déposer une réplique à la Réponse unique des co-procureurs à l'appel », 12 mars 2010, doc. n° D97/14/13.

⁴⁹ « *IENG Sary's Reply to the Co-Prosecutors' Response to IENG Sary, IENG Thirith and KHIEU Samphan's Appeals on Joint Criminal Enterprise* », 18 mars 2010 (la « Réplique de IENG Sary »), doc. n° D97/14/14.

⁵⁰ Appel de IENG Thirith, par. 1.



17. Les co-procureurs soulèvent cinq objections préliminaires aux Appels⁵¹. La Chambre les examine tour à tour⁵².

A. L'Ordonnance contestée constitue-t-elle effectivement une « ordonnance » ou une « décision », ou n'est-elle qu'une simple « déclaration » ?

18. Selon la règle 74 3) a) du Règlement, le mis en examen peut relever appel de neuf catégories d'ordonnances ou de décisions rendues par les co-juges d'instruction. À cet égard, les co-procureurs ont d'abord argué du fait que l'Ordonnance contestée n'était pas une « ordonnance » ou une « décision », mais une simple « déclaration » du droit applicable faite en réponse à la demande de IENG Sary tendant à ce qu'ils déclarent l'entreprise criminelle commune inapplicable devant les CETC⁵³. Pour les co-procureurs, cette « déclaration » entend « fournir des informations suffisantes aux parties » et n'est donc pas susceptible d'appel⁵⁴. La Chambre n'est pas convaincue par cette objection. Le titre de l'Ordonnance contestée indique bien qu'il s'agit d'une « ordonnance » et son contenu concerne l'examen de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité devant les CETC⁵⁵. Plus qu'une simple « déclaration », l'Ordonnance contestée est donc bien, tant par la forme que par le fond, une « ordonnance » ou une « décision » au sens de la règle 74 du Règlement.

⁵¹ Réponse unique des co-procureurs, par. 4 à 22, soulevant les objections suivantes quant à la recevabilité : d'une part, quand bien même la « Déclaration d'applicabilité » serait considérée comme une ordonnance, elle ne serait pas susceptible d'appel car 1) « elle ne confirme pas la compétence des CETC » au sens de la règle 74 3) a) du Règlement, 2) « ne rejette pas une demande d'acte d'instruction » et 3) « ne viole pas le droit à un procès équitable » garanti par la règle 21 du Règlement, et que, par ailleurs, 4) « le rejet des Appels sans examen au fond va dans le sens de l'économie de la procédure ».

⁵² La Chambre a considéré les arguments présentés dans la Réplique de IENG Thirith.

⁵³ La Chambre rejette la demande de IENG Thirith visant à ce que les co-procureurs soient préclus de faire valoir cet argument. Réplique de IENG Thirith, par. 6.

⁵⁴ Réponse unique des co-procureurs, par. 5 et 6.

⁵⁵ Voir, en particulier, Ordonnance contestée, par 18 à 21.



B. L'Ordonnance contestée est-elle susceptible d'appel en vertu de la règle 74 3) a) du Règlement ?

19. Aux termes de la règle 74 3) a) du Règlement, la personne mise en examen peut faire appel des ordonnances ou des décisions des co-juges d'instruction reconnaissant la compétence des CETC.

20. En ses deuxième, quatrième, cinquième et sixième moyens d'appel, IENG Thirith fait essentiellement valoir que les co-juges d'instruction ont commis une erreur pour avoir dit que les trois catégories d'entreprise criminelle commune s'appliquaient devant les CETC. L'appelante soutient que les CETC ne sont pas compétentes pour imputer l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité ou, subsidiairement, pour en retenir les formes systémique (deuxième catégorie) et élargie (troisième catégorie). Elle fait valoir que les Appels trouvent leur fondement juridique dans la règle 74 3) a) qui habilite la personne mise en examen à appeler des ordonnances des co-juges d'instruction qui reconnaissent la compétence des CETC. La Chambre en déduit que l'appelante voit dans l'Ordonnance contestée une ordonnance qui « [r]econn[âit] la compétence des CETC » en ce qu'elle dit que l'entreprise criminelle commune s'applique sous ses trois catégories aux crimes internationaux reprochés.

21. Les co-procureurs ne s'opposent pas aux Appels au motif que l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité ne saurait donner lieu à une contestation de compétence, puisqu'ils estiment, au contraire, que « [s]i l'entreprise criminelle commune est retenue à leur encontre à l'issue de l'instruction, les appelants seront fondés à soulever une exception d'incompétence devant la Chambre de première instance » en vertu de la règle 89 1) du Règlement⁵⁶. Le motif de leur opposition aux Appels réside dans le fait qu'à leur avis, l'Ordonnance contestée n'est à aucun égard une ordonnance « reconnaissant la compétence des CETC »⁵⁷. Cela étant, la Chambre doit avant toute chose déterminer si les contestations de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant

⁵⁶ Réponse unique des co-procureurs, par. 16.

⁵⁷ Ibid., par. 7 à 9.



les CETC en l'espèce constituent effectivement des contestations de compétence. Dans la négative, les moyens d'appel concernés ne seraient pas fondés au regard de la règle 74 3) a) du Règlement, sans égard à l'opposition des co-procureurs.

22. La Chambre note que de façon générale, dans les systèmes juridiques romano-germaniques, la matière des exceptions d'incompétence ne s'étend pas à l'existence même ou à l'applicabilité de telle ou telle forme de responsabilité. Il en est ainsi parce que les formes de responsabilité sont bien établies et définies. Elles sont énoncées dans les codes pénaux et lorsqu'elles n'y sont pas définies de façon suffisamment détaillée, une jurisprudence évolutive vient au fil du temps en préciser les éléments. En droit cambodgien, tout comme en droit français, par exemple, une juridiction doit déterminer si les faits reprochés relèvent de sa compétence temporelle et territoriale et si elle a vocation à connaître des crimes imputés. Elle se déclarera incompétente si elle est saisie de crimes ressortissant à la seule compétence d'une juridiction de degré supérieur. Quant aux questions relatives à l'application des formes de responsabilité, elles sont habituellement envisagées par la juridiction de jugement à un stade ultérieur de la procédure. Les organes judiciaires de la Cour pénale internationale (CPI) ne semblent pas encore avoir considéré comme relevant de questions de compétence des objections quant à l'existence même d'une forme de responsabilité. Ce qui est compréhensible si l'on considère l'exhaustivité avec laquelle l'article 25 du Statut de Rome définit les formes de responsabilité et le fait que le Statut ne s'applique qu'à des crimes commis après l'entrée en vigueur de celui-ci.

23. Comme indiqué plus haut, les tribunaux ad hoc connaissent une situation différente. Les griefs concernant les contours d'un crime⁵⁸ ou les limites d'une forme de responsabilité y sont examinées au procès⁵⁹. En revanche, une objection visant l'existence même d'une forme

⁵⁸ Cf. *Le Procureur c. Delalić, Mucić, Delić et Landžo*, affaire n° IT-96-21-AR72.5, « Décision relative à la demande d'autorisation d'interjeter appel (vices de forme de l'acte d'accusation) formée par Hazim Delić », Chambre d'appel, 6 décembre 1996, par. 27 (considérant que toute discussion quand aux normes fondant les crimes énoncés aux articles 2, 3, 4 et 5 du Statut du TPIY « doit être tranchée au procès et non sous la forme d'exceptions préjudicielles »); *Le Procureur c. Furundžija*, affaire n° IT-05-17/1-T, « Jugement », 10 décembre 1998, par. 172 à 186; *Le Procureur c. Kunarac, Kovač et Vuković*, affaire n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, « Jugement », 22 février 2001 (le « Jugement Kunarac »), par. 436 à 460 (jugements circonscrivant le viol en tant que crime contre l'humanité au sens de l'article 5 g) du Statut du TPIY).

⁵⁹ Cf. *Le Procureur c. Blaškić*, affaire n° IT-95-14-A, « Arrêt », 29 juillet 2004 (l'« Arrêt Blaškić »), par. 32 à 42 (arrêt circonscrivant l'élément moral du fait d'« ordonner » un crime au sens de l'article 7 1) du Statut du



de responsabilité ou sa reconnaissance en droit coutumier à l'époque visée par l'acte d'accusation est considérée comme une exception pouvant être soulevée lors de la phase préalable au procès et, partant, donner lieu à une décision susceptible d'appel. De fait, les règles de procédure et de preuve des tribunaux ad hoc disposent expressément que les prétentions selon lesquelles l'acte d'accusation ne se rapporte à aucune des formes de responsabilité pénale individuelle énoncées à l'article 7 du Statut du TPIY ou à l'article 6 du Statut du TPIR sont des exceptions d'incompétence⁶⁰. Par conséquent, il ressort clairement de la jurisprudence de ces deux juridictions que l'objection d'un accusé faisant valoir qu'une forme de responsabilité, y compris celle qui découlerait de sa participation à une entreprise criminelle commune, ne relève pas de la compétence du tribunal ou du droit international coutumier, constitue bien une exception d'incompétence qui peut être soulevée lors de la phase préalable au procès⁶¹. Il en est ainsi non seulement parce que l'article 7 du Statut du TPIY et l'article 6 du Statut du TPIR sont libellés en des termes très larges, mais aussi pour la raison suivante, telle que l'énonce la Chambre d'appel du TPIY :

« S'agissant de la compétence *ratione personae* du Tribunal, le Rapport du Secrétaire général ne fixe pas de limite explicite quant à la nature du droit que le Tribunal peut appliquer, il ne fait qu'une déclaration apparemment générale, à savoir que "[c]'est le droit international humanitaire existant que le Tribunal international aurait pour tâche d'appliquer". [...] Cependant, le principe de la légalité exige que le Tribunal applique le droit qui était en vigueur au moment où les actes reprochés ont été commis. En outre, comme c'est le cas pour la

TPIY). Voir aussi *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, affaire n° IT-05-87-PT, « Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić (coaction indirecte) », Chambre de première instance, 22 mars 2006 (la « Décision *Ojdanić* relative à la coaction »), par. 23.

⁶⁰ Voir Règlement de procédure et de preuve du TPIY, article 72 D) iv) (« Aux fins des paragraphes A) i) et B) i) *supra*, l'exception d'incompétence s'entend exclusivement d'une objection selon laquelle l'acte d'accusation ne se rapporte pas [...] iv) à l'une des violations définies aux articles 2, 3, 4, 5 et 7 du Statut »). L'article 72 D) iv) du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal pour le Rwanda (TPIR) contient une disposition similaire.

⁶¹ Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 5, se référant au Procureur *c. Milutinović, Šainović et Ojdanić*, affaire n° IT-99-37-AR72, « Décision relative à la validité de l'appel en application de l'article 72 E) », Chambre d'appel, 25 mars 2003, p. 4 (collège de juges de la Chambre d'appel confirmant la validité de l'appel d'Ojdanić dès lors qu'il contestait la compétence du TPIY pour se prononcer sur la responsabilité pénale individuelle imputée à l'accusé du fait de sa participation alléguée à une entreprise criminelle commune). Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 2. Voir aussi *Rwamakuba c. le Procureur*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.4, « *Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide* », Chambre d'appel, 22 octobre 2004 (la « Décision *Rwamakuba* relative à l'entreprise criminelle commune »), par. 3, 5 et 31.

Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative à l'entreprise criminelle commune
Original EN: 00486521-00486589

16/75



compétence *ratione materiae* du Tribunal, ces règles de droit doivent se retrouver dans le droit international coutumier. »⁶²

La compétence du TPIY a fait l'objet de nombreuses contestations de la part d'accusés auxquels étaient reprochés des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes de génocide sur la base de formes de responsabilité telles que l'entreprise criminelle commune ou la responsabilité du supérieur hiérarchique. Les appels de cet ordre tirent souvent argument de ce que les formes de responsabilité imputées n'auraient pas été établies en droit international coutumier au moment des faits ou ne s'appliqueraient pas à tel ou tel crime, et que leur application violerait le principe de légalité. La jurisprudence du TPIY considère ces prétentions comme des exceptions d'incompétence.

24. Pour ce qui est de déterminer si le fait de s'opposer à l'application de l'entreprise criminelle devant les CETC revient à soulever une question de compétence, la Chambre estime que les Chambres extraordinaires sont dans une situation comparable à celle des tribunaux ad hoc. Elle porte à présent son examen sur l'objection des co-procureurs selon laquelle l'Ordonnance contestée « ne constituerait pas une ordonnance "reconnaissant la compétence des CETC" sur tel ou tel aspect du dossier »⁶³. S'il est vrai que l'Ordonnance contestée ne confirme pas expressément que les CETC sont compétentes pour appliquer l'entreprise criminelle commune sous ses diverses catégories, la Chambre estime que cette confirmation est implicite dès lors que les co-juges d'instruction se fondent de façon expresse sur la jurisprudence du TPIY considérant que l'existence ou non d'une forme de responsabilité en droit international coutumier est une question de compétence⁶⁴.

25. S'agissant des deuxième, quatrième, cinquième, sixième et septième moyens d'appel de IENG Thirith, la Chambre estime que l'Ordonnance contestée est susceptible d'appel en vertu de la règle 74 3) a) du Règlement⁶⁵. Elle se propose d'examiner à présent l'objection

⁶² Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 10.

⁶³ Réponse unique des co-procureurs, par. 7 à 9.

⁶⁴ Ordonnance contestée, par. 19 à 21, se référant à la Décision *Ojdanić* relative à la coaction, par. 37.

⁶⁵ La Chambre prend note de la Réplique de IENG Thirith, par. 8 à 12.



des co-procureurs selon laquelle l'Ordonnance contestée n'est pas susceptible d'appel en vertu de la règle 74 3) b).

C. L'Ordonnance contestée est-elle susceptible d'appel en vertu de la règle 74 3) b) du Règlement ?

26. Les co-procureurs plaident l'irrecevabilité des Appels dans la mesure où ils tirent fondement de la règle 74 3) b) du Règlement alors que l'Ordonnance contestée ne contient aucun refus de demande d'acte d'instruction (formée en vertu de la règle 55 10) du Règlement)⁶⁶, c'est-à-dire de demande « d'actes à accomplir par les co-juges d'instruction ou par leurs délégués dans le but de recueillir des informations tendant à la manifestation de la vérité quant aux faits dénoncés dans le Réquisitoire introductif »⁶⁷.

27. La Chambre est d'avis que la règle 74 3) a) est invoquée à tort par l'appelante IENG Thirith à l'appui de ses premier et troisième moyens d'appel, où elle soulève la question de savoir si elle a été suffisamment informée par le Réquisitoire introductif et l'Ordonnance contestée des charges retenues contre elle, ce qui n'est manifestement pas une question de compétence.

28. La Chambre note que la requête qui a donné lieu à l'Ordonnance contestée a été erronément déposée en application de la règle 53 1) par la Défense de IENG Sary et que les co-juges d'instruction ont décidé « d'office, d'examiner la Requête sous l'angle des dispositions réglementaires pertinentes, à savoir celles de la règle 55 10) » du Règlement⁶⁸. Selon cette règle, les parties peuvent demander aux co-juges d'instruction « de rendre une décision ou d'accomplir les actes d'instruction qu'ils estiment utiles ». La Chambre note que dans ses Observations, IENG Thirith avait fait valoir que les première et troisième

⁶⁶ Réponse unique des co-procureurs, par. 10 à 13.

⁶⁷ Ibid., par. 12, se référant à la « Décision relative à l'appel interjeté par KHIEU Samphan contre l'ordonnance définissant les droits et obligations des parties en matière de traduction », 20 février 2009, doc. n° A190/I/20 (la « Décision relative à la traduction »), par. 28.

⁶⁸ Ordonnance contestée, par. 8, notant que la règle 53 1) traite du dépôt du réquisitoire introductif par les co-procureurs.



catégories d'entreprise criminelle commune n'étaient pas suffisamment établies dans le Réquisitoire introductif, qu'il en résultait une violation de son droit d'être informée des charges retenues à son encontre et que ces formes de responsabilité devaient donc être exclues du Réquisitoire introductif⁶⁹. La Chambre estime que cette prétention revient, de la part de la Défense de IENG Thirith, à demander aux co-juges d'instruction de rendre une ordonnance qu'elle estime utile à la conduite de l'instruction, pour fournir aux personnes mises en examen des informations suffisantes sur les formes de responsabilité qu'elles encourent. Les co-juges d'instruction ont jugé nécessaire de répondre aux demandes qui leur ont été présentées (lesquelles, de l'avis de la Chambre, comprennent la prétention susmentionnée de IENG Thirith), leur but étant en l'occurrence de fournir des informations suffisantes sur un mode de responsabilité qui n'est expressément énoncé ni dans la Loi relative aux CETC, ni dans l'Accord entre l'ONU et le Gouvernement royal cambodgien (l'« Accord relatif aux CETC»). Les co-juges d'instruction n'ont que partiellement accueilli les demandes, en précisant que l'élément moral de la troisième catégorie d'entreprise criminelle ne s'appliquait devant les CETC que dans la mesure où l'acceptation subjective des conséquences naturelles et prévisibles de la mise en œuvre de l'objectif commun était établie⁷⁰.

29. La Chambre s'est déjà prononcée, dans le cadre d'un appel interjeté par la Défense de KHIEU Samphan, sur une incohérence possible entre les règles 74 3) b)⁷¹ et 55 10) du Règlement aurait donné à la personne mise en examen le droit d'appeler aussi bien des ordonnances des co-juges d'instruction rejetant des demandes d'actes d'instruction que de celles rejetant des demandes tendant à ce que soit rendues des ordonnances utiles à l'instruction⁷². Elle a jugé que « [l]'incohérence qui pourrait exister entre la faculté générale d'interjeter appel telle que les co-avocats [...] la déduisent de la règle 55 10) du Règlement et

⁶⁹ Observations de IENG Thirith, par. 30 et 31.

⁷⁰ Ordonnance contestée, clause d'application, rejetant expressément la Requête en ce qui concerne les éléments matériel et moral de l'entreprise criminelle commune I et II et l'élément matériel de l'entreprise criminelle commune III.

⁷¹ Précisant que la personne mise en examen peut porter en appel devant la Chambre préliminaire les ordonnances par lesquelles les co-juges d'instruction rejettent des demandes d'actes d'instruction.

⁷² « Décision quant à la recevabilité de l'appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture », 27 janvier 2010, doc. n° D130/10/12, par. 14 à 17.



les limites imposées à cette faculté par la règle 74 3) b) du Règlement ne saurait conduire aux conclusions dégagées par les co-avocats quant à la recevabilité de leur Appel »⁷³. Ayant examiné les motifs pouvant donner lieu à des appels préalablement au procès, tels que les prévoient les règles 55 10) et 74 3) du Règlement, la Chambre est d'avis qu'aucun d'entre eux n'autorise le recours pour défaut d'information. Elle accueille par conséquent la troisième objection des co-procureurs. Elle considère à présent la quatrième objection des co-procureurs, selon laquelle l'Ordonnance contestée ne viole pas le droit à un procès équitable et « [l]es faits et circonstances des présents Appels n'exigent pas de la Chambre qu'elle élargisse son interprétation de la règle 74 3) du Règlement » à la lumière de la règle 21 du Règlement⁷⁴.

D. Les faits et circonstances des Appels exigent-ils d'élargir l'interprétation de la règle 74 3) du Règlement à l'effet de garantir l'équité de la procédure engagée contre les personnes mises en examen ?

30. La règle 21 1) d) du Règlement dispose notamment que « [t]oute personne suspectée ou poursuivie [...] a le droit d'être informée des charges retenues contre elle ». La Chambre se propose de déterminer si les faits et circonstances des Appels nécessitent l'adoption d'une interprétation plus large du droit d'appel de la personne mise en examen à l'effet de garantir l'équité de la procédure.

31. La Chambre note que les règles 53 et 67 du Règlement précisent les informations à fournir à la personne mise en examen sur les charges retenues contre elle. Selon la règle 53, les co-procureurs sont tenus d'inclure dans le réquisitoire introductif un exposé sommaire des faits, la qualification juridique retenue et les dispositions de loi qui définissent et répriment l'infraction, et de soumettre le réquisitoire introductif accompagné du dossier et tout élément

⁷³ Ibid., par. 17.

⁷⁴ Réponse unique des co-procureurs, par. 14 et 15, dans laquelle ils font valoir en particulier que le fait de trancher à ce stade de la procédure les questions soulevées par les Appels pourrait s'avérer être un exercice « purement théorique », dès lors que l'Ordonnance de clôture pourrait ne pas retenir l'entreprise criminelle commune et qu'en tout état de cause, la Défense pourra soulever une exception d'incompétence devant la Chambre de première instance en vertu de la règle 89 1) du Règlement. Réponse unique des co-procureurs, par. 15 et 16.



de preuve en leur possession⁷⁵. Le Code de procédure pénale cambodgien contient des dispositions similaires en son article 44. Selon la règle 67 2) du Règlement, l'ordonnance de renvoi doit mentionner les faits reprochés, la qualification juridique retenue par les co-juges d'instruction, les dispositions pénales pertinentes et la nature de la responsabilité. Le Code de procédure pénale cambodgien contient des dispositions similaires en son article 247. Le Règlement et le Code de procédure cambodgien ne fournissent pas d'autres indications sur la façon dont l'ordonnance de renvoi doit être motivée. Dans ces circonstances, la Chambre appliquera les normes internationales.

32. Selon les normes internationales, toute personne contre laquelle des accusations sont portées a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et, plus spécifiquement, a le droit d'être informée de la nature et des motifs des accusations portées contre elle, ainsi que de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense⁷⁶. Ce droit « impose dès lors à l'Accusation de présenter les faits essentiels qui fondent les accusations portées dans l'acte d'accusation »⁷⁷. « [U]n acte d'accusation sera réputé suffisamment précis s'il expose les faits matériels que compte prouver l'Accusation de manière concise mais suffisamment circonstanciée pour que l'accusé soit clairement informé de ce qu'on lui reproche afin de pouvoir préparer sa défense » effectivement et efficacement⁷⁸. Le Procureur n'est évidemment pas tenu de présenter les éléments de preuve qui doivent établir ces faits⁷⁹ et le caractère essentiel de tel ou tel fait dépendra de sa thèse⁸⁰.

33. L'acte d'accusation qui, en tant que principal instrument de mise en accusation, ne présente pas de manière suffisamment détaillé les points essentiels de l'argumentation du

⁷⁵ Ensuite, selon la règle 57 du Règlement, les co-procureurs doivent notamment, lors de la première comparution de la personne mise en examen, faire connaître à celle-ci les faits qui lui sont reprochés. Le Code de procédure pénale cambodgien contient des dispositions similaires en son article 143.

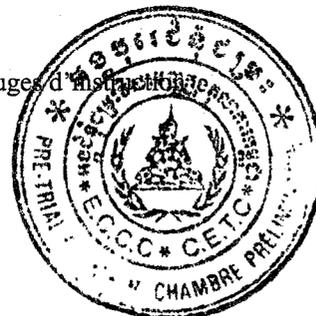
⁷⁶ Voir en particulier les articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte international »), expressément consacrés à l'article 13 1) de l'Accord relatif aux CETC.

⁷⁷ Le Procureur c. *Kupreškić*, affaire n° IT-95-16-A, « Arrêt », 23 octobre 2001 (l'« Arrêt *Kupreškić* »), par. 88 ; Le Procureur c. *Hadžihasanović Alagić et Kubura*, affaire n° IT-01-47-PT, « Décision relative à la forme de l'acte d'accusation », Chambre de première instance II, 7 décembre 2001 (la « Décision *Hadžihasanović* relative à l'acte d'accusation »), par. 8.

⁷⁸ Décision *Hadžihasanović* relative à l'acte d'accusation, par. 8.

⁷⁹ Arrêt *Kupreškić*, par. 88.

⁸⁰ Ibid., par. 89.



Procureur est entaché d'un vice grave⁸¹. Lorsqu'elles ont appliqué ce principe à des recours fondés sur le manque de précision d'un acte d'accusation, les Chambres d'appel du TPIY et du TPIR ont adopté une approche stricte du degré de précision avec lequel les faits essentiels devaient être présentés dans l'acte d'accusation. Elles ont appliqué cette approche aux allégations concernant les actes et comportements de l'accusé sur lesquels le Procureur se fonde pour retenir sa responsabilité pénale⁸². En son Arrêt *Kvočka*, la Chambre d'appel du TPIY a estimé que « l'étroitesse du lien qui existerait entre l'accusé et les faits dont il est tenu pénalement responsable détermine si un fait est ou non essentiel »⁸³. En outre :

« [S]i le lien de l'accusé avec ces faits est plus lâche, il n'est pas exigé un tel degré de précision, et l'accent est davantage mis sur le comportement de l'accusé sur lequel l'Accusation se fonde pour établir sa responsabilité en tant que complice ou supérieur hiérarchique des individus qui ont personnellement commis les actes à l'origine des chefs d'accusation retenus contre lui. »⁸⁴

34. Comme tant les normes internationales que l'article 35 (nouveau) de la Loi relative aux CETC exigent que les charges soient précises, la Chambre est d'avis qu'il est dans l'intérêt de l'équité de déclarer recevables les moyens d'appel soulevant la question de la suffisance des informations fournies aux personnes mises en examen quant aux formes de responsabilité qui leur sont imputées. La Chambre se penche pour finir sur la cinquième objection des co-procureurs, selon laquelle le rejet des Appels sans examen au fond serait dans l'intérêt de l'économie de la procédure⁸⁵.

⁸¹ Ibid., par. 114.

⁸² Voir *Le Procureur c. Milan Milutinović, Nikola Sainović, Dragoljug Ojdanić, Nebojsa Pavković, Vladimir Lazarević, Vlastimir Djordjević et Sreten Lukić*, affaire n° IT-05-87-PT « Décision relative à l'exception préjudicielle soulevées par Vladimir Lazarević pour vices de forme de l'acte d'accusation », 8 juillet 2005 (la « Décision *Milutinović* relative à l'acte d'accusation »), par. 6.

⁸³ *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, affaire n° IT-98-30/1-A, « Arrêt », 28 février 2005 (l' « Arrêt *Kvočka* »), par. 65.

⁸⁴ Arrêt *Kvočka*, par. 65, citant *Le Procureur c. Galić*, affaire n° IT-98-29-AR72, « Décision relative à la requête de la Défense aux fins d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel », Chambre d'appel, 30 novembre 2001 (« Décision *Galić* relative à l'autorisation d'appeler »), par. 15.

⁸⁵ Réponse unique des co-procureurs, par. 18 à 22.



E. Le rejet des Appels sans examen au fond irait-il dans le sens de l'économie de la procédure ?

35. La Chambre n'est pas sans savoir que les règles 74 3) a) et 89 1) permettent de soulever des contestations de compétence devant la Chambre préliminaire et la Chambre de première instance. Elle est également consciente du fait que, dans le dossier n° 001, la Chambre de première instance a déclaré ne pas être liée par les décisions de la Chambre préliminaire⁸⁶. Le fait de statuer au stade actuel de la procédure sur les questions de compétence soulevées en l'espèce n'irait donc pas forcément dans le sens de l'économie du temps et des ressources judiciaires. Ce nonobstant, l'importance de préserver les ressources judiciaires et de diligenter la procédure ne saurait l'emporter sur les motifs ci-dessus appelant le rejet des deuxième et quatrième objections préliminaires des co-procureurs⁸⁷.

IV. EXAMEN AU FOND

36. Pour ce qui est des critères d'examen applicables aux erreurs alléguées par les Appels, IENG Thirith se réfère en son Appel à ceux que la Chambre a retenus dans sa Décision relative au répertoire partagé, rendue le 18 novembre 2009, pour examiner une décision discrétionnaire des co-juges d'instruction⁸⁸. La Chambre note que l'Ordonnance contestée porte sur des questions de compétence et qu'elle ne relève donc pas de la discrétion des co-juges d'instruction. Cela dit, les critères à appliquer aux recours portant sur une erreur de

⁸⁶ *Kaing Guek Eav*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, « Décision relative à la requête des co-avocats du groupe 1 des parties civiles tendant à ce que la Chambre de première instance facilite la communication aux parties d'un rapport du Bureau des services de contrôle interne de l'ONU », 23 septembre 2009, doc. n° E65/9, par. 12.

⁸⁷ La Chambre rejette la prétention de IENG Thirith tendant à ce que les co-procureurs soient préclus d'avancer l'argument de l'économie judiciaire. Voir Réplique de IENG Thirith, par. 24.

⁸⁸ Appel de IENG Thirith, par. 6, citant la « Décision relative à l'appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction rejetant la demande aux fins d'actes d'instruction tendant à la recherche d'éléments à décharge dans le répertoire partagé », 18 novembre 2009, doc. n° D164/4/13 (la « Décision relative au répertoire partagé », par. 26



droit, c'est-à-dire sur « une interprétation erronée du droit applicable », s'appliquent également aux erreurs de droit alléguées en l'espèce⁸⁹.

37. La Chambre rappelle que sa conclusion, dégagée dans le dossier n° 001, selon laquelle l'entreprise criminelle commune constituait « un mode possible de participation permettant de rendre compte d'une situation factuelle où des crimes sont commis conjointement par deux ou plusieurs auteurs, [est] pertinente pour déterminer si ce mode de participation [peut] être retenu dans le cadre de procédures devant les CETC »⁹⁰. Dans la même décision, elle a déclaré que l'on pouvait distinguer trois catégories d'entreprise criminelle commune⁹¹ dérivées de l'interprétation que la Chambre d'appel du TPIY avait faite de la jurisprudence de l'après-Seconde Guerre mondiale relative à la responsabilité découlant du « plan commun ». L'entreprise criminelle commune est dite élémentaire (première catégorie) lorsque les participants ont agi en exécution d'un dessein commun ou d'une entreprise commune et étaient animés d'une intention commune de commettre un crime⁹². L'entreprise criminelle commune est dite systémique (deuxième catégorie) lorsque les participants sont impliqués dans un projet criminel mis en œuvre au sein d'un système organisé, tel qu'un camp d'internement⁹³, visant à maltraiter les détenus⁹⁴. La Chambre note que la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune est une variante de la première⁹⁵. L'entreprise criminelle

⁸⁹ Décision relative au répertoire partagé, par. 26.

⁹⁰ *Kaing Guek Eav*, dossier n° 001/18-07-2007-CETC/CP, « Décision relative à l'appel interjeté par les co-procureurs contre l'ordonnance de renvoi rendue dans le dossier *Kaing Guek Eav alias "Duch"* », 5 décembre 2008, doc. n° D99/3/42 (la « Décision relative à l'ordonnance de renvoi »), par. 114.

⁹¹ En son Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY a usé de façon interchangeable des expressions « entreprise criminelle commune », « but commun » et « entreprise criminelle ». En général, toutefois, le concept est désigné par l'expression « entreprise criminelle commune », comme dans l'Ordonnance contestée. Voir aussi Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 20, concernant l'entreprise criminelle commune en tant que forme de commission.

⁹² Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 132 et note 82, se référant au procès d'Almelo, un des procès militaires considérés dans l'Arrêt *Tadić*.

⁹³ Ibid., par. 132, se référant à l'Arrêt *Tadić*.

⁹⁴ *Le Procureur c. Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-A, « Arrêt », 25 février 2004 (l'« Arrêt *Vasiljević* »), par. 98.

⁹⁵ Arrêt *Tadić*, par. 202 et 203. Bien que les participants aux entreprises criminelles communes de cette catégorie fussent en majeure partie membres d'organisations criminelles, l'Arrêt *Tadić* n'a pas fait de l'appartenance à une telle organisation une condition pour conclure à la participation à cette catégorie d'entreprise criminelle commune. En son Arrêt *Krnjelac*, la Chambre d'appel du TPIY a considéré que la catégorie dite systémique d'entreprise criminelle commune pouvait s'appliquer à d'autres cas, en particulier aux cas de violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. *Le Procureur c. Krnjelac*, affaire n° IT-97-25-A, « Arrêt », 17 septembre 2003 (l'« Arrêt *Krnjelac* »), par. 89.



commune est dite élargie (troisième catégorie) lorsqu'un des participants commet des actes qui, quoique débordant le cadre du plan commun, sont une conséquence naturelle et prévisible de sa réalisation⁹⁶.

38. Les éléments objectifs (constituant l'élément matériel ou l'*actus reus*) sont les mêmes pour les trois catégories d'entreprise criminelle commune, à savoir : i) le plan commun (la Chambre note que ce plan doit se traduire par la commission d'un crime prévu par la loi ou engendrer la commission d'un tel crime), ii) l'implication d'une pluralité de personnes et iii) la contribution individuelle de la personne mise en examen ou de l'accusé à la réalisation du plan commun⁹⁷. La Chambre note que s'il n'est pas nécessaire que l'accusé ait commis quelque partie de l'élément matériel du crime perpétré⁹⁸, « il faut qu'il ait pris part à la réalisation du but commun qui est au cœur de cette entreprise »⁹⁹. Tout type de comportement ne constitue pas une contribution suffisante au crime pour engager la responsabilité pénale individuelle de l'accusé en raison de sa participation à une entreprise criminelle commune¹⁰⁰.

39. L'élément subjectif (constituant l'élément moral ou la *mens rea*) varie selon la catégorie d'entreprise criminelle commune. La première catégorie requiert l'intention partagée de commettre le ou les crimes¹⁰¹. Pour la deuxième catégorie II, il faut que l'intéressé ait personnellement connaissance du système de mauvais traitements¹⁰² et l'intention de servir ce système¹⁰³. La troisième catégorie requiert l'intention de participer au plan ou au but criminel de l'entreprise criminelle commune et de contribuer à sa réalisation, « la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé par le projet [étant engagée] s'il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis et que l'accusé concerné a

⁹⁶ Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 132, se référant à l'Arrêt *Kvočka*, par. 267.

⁹⁷ Arrêt *Tadić*, par. 227.

⁹⁸ Arrêt *Kvočka*, par. 99 (« Il n'est pas besoin qu'un participant à une entreprise criminelle commune prenne matériellement part au crime dès lors que les conditions requises pour mettre en cause sa responsabilité pour participation à l'entreprise criminelle commune sont réunies »); Arrêt *Vasiljević*, par. 100 et 119; Arrêt *Tadić*, par. 196 et 227.

⁹⁹ *Le Procureur c. Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, « Arrêt », 3 avril 2007 (l'« Arrêt *Brđanin* »), par. 427.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 132.

¹⁰² Id.

¹⁰³ Arrêt *Vasiljević*, par. 101.



délibérément pris ce risque »¹⁰⁴ ou, en d'autres termes, si « l'accusé, sachant qu'un tel crime était la conséquence possible de l'exécution du but de cette entreprise, y a néanmoins pris part »¹⁰⁵.

40. Il ressort de l'examen d'un certain nombre de décisions de l'après-Seconde Guerre mondiale, de décisions du TPIY, du TPIR et de la CPI, ainsi que d'autres sources jurisprudentielles citées par les parties en l'espèce¹⁰⁶ que l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité en droit international est un concept unique. La théorie de l'entreprise criminelle commune combine des aspects de différentes traditions juridiques et a été appliquée et façonnée par des acteurs issus d'une variété d'horizons juridiques. Les procureurs et juges des commissions et tribunaux militaires établis au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ont appliqué les formes de responsabilité inscrites dans le Statut de Nuremberg et dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle non seulement pour établir la culpabilité des auteurs matériels de violations du droit humanitaire, mais aussi celle d'individus qui, en poursuivant avec d'autres un objectif commun, ont participé à la commission de tels crimes. Dans certains de ces cas, en particulier lorsque des sympathisants nazis avaient été impliqués dans des actes de violence collective contre des militaires des forces alliées et des membres des forces de résistance, les crimes avaient été matériellement commis par des individus qui étaient animés de la même intention que la personne condamnée et n'étaient pas éloignés de la perpétration même du crime¹⁰⁷. Dans d'autres cas concernant des crimes commis à plus grande échelle et impliquant des agents de l'État, les personnes condamnées avaient habituellement été éloignées de la perpétration physique des crimes, aucune considération n'ayant été donnée à la responsabilité pénale ni même à l'état d'esprit des auteurs physiques¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 132, se référant à l'Appel *Tadić*, par. 228.

¹⁰⁵ Arrêt *Vasiljević*, par. 101. Voir aussi *Le Procureur c. Karadžić*, affaire n° IT-95-5/18-AR72.4, « *Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability* », 25 juin 2009, par. 15 à 18.

¹⁰⁶ Certaines de ces décisions seront examinées plus loin.

¹⁰⁷ Voir, en particulier, les six affaires citées dans l'Arrêt *Tadić*, par. 197 à 200, à l'appui de la première catégorie d'entreprise criminelle commune.

¹⁰⁸ Voir, par exemple, les deux affaires suivantes jugées en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle : *United States. v. Altstoetter et al. (1947)*, *United States Military Tribunal III, Opinion and Judgment*, dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. III



41. En dépit de sa nature unique, la théorie de l'entreprise criminelle commune, du moins en ses première et deuxième catégories, n'est pas sans ressembler à la responsabilité du droit romano-germanique traditionnel qui considère comme coauteurs non seulement ceux qui ont exécuté l'élément matériel du crime, mais aussi ceux qui, animés de l'intention constitutive du crime, ont participé ou contribué à sa commission. Dans ce sens, l'entreprise criminelle commune trouve appui en droit cambodgien. Le droit pénal applicable à l'époque des faits était le Code pénal cambodgien de 1956. On trouve à ce sujet le commentaire suivant dans un des mémoires d'*amici curiae* déposés en l'espèce :

« Selon le Projet de Nouveau Code Pénal commenté, sous la supervision de Michel Bonnieu, le droit cambodgien traditionnel établissait une distinction entre malfaiteur dangereux et malfaiteur non dangereux et l'article 76 des codes de 1929 et de 1955 (1956) définissait l'auteur comme étant la personne qui commet les crimes (les termes utilisés sont "infractions qu'elle commet"). La coaction était définie dans les codes de 1929 et de 1956 et l'exigence la plus importante s'y rattachant était l'existence d'un accord commun entre les co-auteurs. Par conséquent, de par son libellé, la disposition n'englobait pas des actes débordant le cadre de l'accord ; ces actes ne pouvaient être punis qu'au titre de la complicité. De fait, [...] l'article 82 établit une distinction entre une participation directe et une participation indirecte et seule la première se qualifie de coaction, la deuxième constituant la complicité. Conformément à l'article 87, il est nécessaire que l'aide et l'assistance aient été "prêtées sciemment". Une personne prêtant aide et assistance ne peut être un coauteur que "lorsqu'il s'agit de faits [...] consommant [l'action]", c'est-à-dire lorsque cette personne exécute elle-même le crime. »¹⁰⁹

(U.S. Government Printing Office 1951) (le « Jugement en l'affaire *Justice* »), et *United States v. Greifelt et al.* (1948), *United States Military Tribunal I, Opinion and Judgment*, dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. V (U.S. Government Printing Office 1949) (le « Jugement en l'affaire *RuSHA* »). La Chambre d'appel du TPIR a fait référence à ces affaires pour conclure que depuis 1992, le droit international coutumier permettait de retenir la responsabilité pénale d'un participant à un projet commun tendant à la commission du génocide. Voir Décision *Rwamakuba* relative à l'entreprise criminelle commune, par. 14 à 23. Ces affaires militaires concernent respectivement 1) la mise en œuvre d'un plan de persécution raciale par des procureurs et des juges poursuivant et condamnant à des peines allant jusqu'à la mort des Polonais et des Juifs conformément à la politique de persécution, de torture et d'extermination menée par l'État nazi à l'encontre de ces groupes de personnes, et sur 2) la participation d'individus au double objectif d'affaiblir d'abord et de détruire ensuite les autres nations tout en renforçant l'Allemagne, d'un point de vue territorial et biologique, aux dépens des nations conquises. Ce plan de « germanisation » impliquait la pratique d'avortements sur des étrangères fécondées par des Allemands, la sanction des relations sexuelles entre Allemands et étrangers, le travail forcé des Polonais et d'autres Européens de l'Est, la persécution des Juifs et des Polonais et l'enlèvement d'enfants étrangers.

¹⁰⁹ Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, p. 33, se référant à M. Bonnieu et autres, *Projet de Nouveau Code Pénal. Commenté et comparé* (2008), p. 13 ainsi que 14 (le nouvel article L. 1121-2 exige un « accord commun ») et 15 (commentaire de l'article L. 1121-5).

Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative à l'entreprise criminelle commune
Original EN: 00486521-00486589



Dans le même mémoire, il est noté que le mémoire d'appel des co-procureurs contre l'ordonnance de renvoi du dossier n° 001 s'est référé à l'article 145 du même code comme fournissant une définition de la « coaction » fondée sur :

« ... la pluralité des personnes qui "s'entretiennent ou se consultent" en vue de la commission d'un crime. [...] Hormis la référence à l'article 145, qui n'est mentionné dans aucune des autres sources disponibles, le mémoire d'appel reprend correctement le droit applicable au moment de la commission. Considérant l'influence du droit pénal français au Cambodge, il n'est pas étonnant que le Code pénal français applicable à l'époque le Code pénal de 1810¹¹⁰, articles 59 et 60), s'il ne définit pas les différentes formes de perpétration, établit une distinction entre "auteur" et "complice" et confirme au moins de la sorte le modèle de participation adopté dans le Code cambodgien. »¹¹¹

Ce qui ne revient pas à dire que la « participation à une entreprise criminelle commune », d'une part, et la « coaction » visée par le Code pénal cambodgien de 1956, d'autre part, sont en tous points identiques. Si ces deux notions requièrent des participants qu'ils partagent l'intention que le crime soit commis, la première, même lorsqu'elle se veut significative, semble pouvoir recouvrir des situations où l'accusé pourra être plus éloigné de la perpétration effective de l'élément matériel du crime que dans le cas de la participation directe prévue en droit interne, sans toutefois que l'on puisse dire, comme le fait un des appelants, qu'elle constitue une forme « plus sévère » de responsabilité que la « coaction »¹¹².

42. La Chambre note également que la question du statut de l'entreprise criminelle commune au regard du droit international coutumier au moment des faits, soulevée par les appelants en l'espèce, a également été soulevée devant elle dans le dossier n° 001, mais qu'elle s'était abstenue de la trancher dans ce premier dossier, ayant conclu que la personne mise en examen n'avait pas été informée de l'allégation relative à « sa participation à une

¹¹⁰ Pouvant être consulté à l'adresse http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_de_1810 (consultée le 20 octobre 2008).

¹¹¹ Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, p. 34.

¹¹² Réplique de KHIEU Samphan, par. 26.



entreprise criminelle commune mise en œuvre à S-21 » et que l'entreprise alléguée « ne faisait donc pas partie des faits sur lesquels devait porter l'instruction »¹¹³.

43. Aux termes du deuxième paragraphe de l'article 33 (nouveau) de la Loi relative aux CETC, les Chambres extraordinaires exercent leur compétence « conformément aux normes internationales de justice, d'équité et de respect des formes régulières » inscrites aux articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (le « Pacte international »). L'article 15 1) du Pacte international consacre le principe *nullum crimen sine lege* en ces termes : « Nul ne sera condamné pour des actions ou des omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. » La Chambre note que la Chambre d'appel du TPIY a articulé quatre conditions préalables auxquelles doit satisfaire toute forme de responsabilité pour relever de la compétence de la juridiction internationale. Ces conditions peuvent se résumer comme suit aux fins des procédures devant les CETC :

- « i) elle doit être, explicitement ou implicitement, prévue dans [la Loi relative aux CETC] ;
- ii) elle devait être établie en droit international coutumier à l'époque des faits ;
- iii) la législation prévoyant cette forme de responsabilité doit, à l'époque des faits, avoir été suffisamment accessible à qui agissait de la sorte ; et
- iv) l'intéressé doit avoir été en mesure de prévoir qu'il pourrait être tenu pénalement responsable de ses actes s'il venait à être appréhendé. »¹¹⁴

44. Non convaincue par l'argument de IENG Sary selon lequel les co-juges d'instruction auraient dû retenir des critères plus stricts que ceux qui s'appliquent au niveau international et retenir comme condition, puisque les CETC sont « une juridiction interne » [traduction], que l'entreprise criminelle commune soit établie en droit cambodgien¹¹⁵, la Chambre considère

¹¹³ Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 141 et 142.

¹¹⁴ Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 21. *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, « Jugement », Chambre de première instance I, 17 janvier 2005 (le « Jugement *Blagojević et Jokić* »), par. 695, note 2145 ; *Le Procureur c. Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, « Jugement », Chambre de première instance II, 31 juillet 2003 (le « Jugement *Stakić* »), par. 431.

¹¹⁵ Appel de IENG Sary, par. 2 a).



que les conditions énoncées ci-dessus, auxquels se sont référés les co-juges d'instruction¹¹⁶, sont celles qui s'imposent.

45. De l'avis de la Chambre, certaines décisions du TPIY donneraient à conclure que dès lors qu'une forme de responsabilité était reconnue en droit international coutumier à l'époque des faits, l'on peut présumer que les conditions de prévisibilité et d'accessibilité étaient remplies¹¹⁷. Elle estime toutefois qu'il est plus sûr de vérifier non seulement que l'entreprise criminelle commune existait en droit international coutumier au moment des faits et était donc punissable au regard du droit international humanitaire, mais aussi qu'elle constituait, pour les personnes mises en examen, une norme de droit suffisamment accessible dont l'application était suffisamment prévisible. S'agissant de la prévisibilité, la personne mise en examen doit pouvoir se rendre compte que son comportement est criminel, au sens général du terme, sans devoir se référer à une disposition particulière. S'agissant de l'accessibilité, elle peut reposer sur une loi relevant de la coutume¹¹⁸. Contrairement à ce qu'affirment certains appelants, la question de savoir si l'entreprise criminelle commune était une forme de responsabilité reconnue en droit interne peut s'avérer pertinente lorsqu'il s'agit de s'assurer que la personne mise en examen pouvait prévoir la responsabilité pénale découlant de son comportement. Cela dit, pour trouver application devant les CETC, l'entreprise criminelle commune ne devait pas nécessairement être réprimée par le droit interne dès lors qu'elle existait en droit international coutumier¹¹⁹.

46. La Chambre porte à présent son examen sur plusieurs erreurs alléguées par les Appels de IENG Sary et de KHIEU Samphan, et qui selon les appelants interdiraient toute

¹¹⁶ Ordonnance contestée, par. 19.

¹¹⁷ Voir Mémoire d'*amicus curiae* de McGill, par. 13 et note 6, se référant au *Procureur c. Martić*, affaire n° IT-95-11-A, « Arrêt – Opinion dissidente du juge Schomburg sur la responsabilité pénale individuelle de Milan Martić », 8 octobre 2008. Voir aussi Décision *Ojdanić* relative à la coaction, par. 15, selon laquelle « [s]'il est clair que la forme de responsabilité en question faisait partie du droit international coutumier au moment des faits, la déclaration de culpabilité qui repose sur elle respecte forcément le principe de légalité ; en conséquence, pour savoir si les conditions énoncées aux points iii) et iv) sont réunies, il suffit de déterminer si la condition posée au point ii) est remplie », se référant au *Procureur c. Hadžihasanović et consorts*, affaire n° IT-01-47-AR72, « Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence (*responsabilité du supérieur hiérarchique*) », Chambre d'appel, 16 juillet 2003, par. 44.

¹¹⁸ Voir Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 37 à 39.

¹¹⁹ Voir aussi par. 43 et 44 ci-dessous.



application de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, peu importe que cette forme de responsabilité fût reconnue ou non en droit international coutumier entre 1975 et 1979.

47. S'agissant de l'allégation selon laquelle les co-juges d'instruction se seraient mépris en se référant à une décision de la Chambre préliminaire dans le dossier n° 001¹²⁰ pour déclarer que « la mise en application du droit international coutumier devant les CETC est le corollaire du constat que les CETC présentent les caractéristiques d'un tribunal international qui applique le droit international »¹²¹, elle soulève une question sans incidence sur l'applicabilité devant les CETC de l'entreprise criminelle commune. Les co-juges d'instruction se sont en effet référés à la fois aux « aspects internationaux des CETC [et au] fait que la jurisprudence sur laquelle se fonde la notion d'[entreprise criminelle commune] préexistait aux événements faisant l'objet des investigations devant les CETC, [pour considérer] qu'il existe un fondement en droit international pour la mise en application [de l'entreprise criminelle commune] » devant les CETC¹²². Cependant, que les CETC « présentent les caractéristiques d'un tribunal international qui applique le droit international », qu'elles constituent « à toutes fins pratiques et juridiques, [...] une entité indépendante à l'intérieur de la structure judiciaire cambodgienne et [...] fonctionnent comme telles », comme l'a déclaré la Chambre préliminaire dans le dossier n° 001¹²³, qu'elles soient « une juridiction indépendante et internationalisée établie de façon séparée », comme l'a déclaré la Chambre de première instance dans le même dossier¹²⁴, ou qu'elles soient une juridiction interne cambodgienne, comme allégué par l'Appelant, ne saurait, de l'avis de la Chambre, avoir d'incidence sur le bien-fondé de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, telle que sanctionnée dans l'Ordonnance contestée. Il en est ainsi à la lumière des termes évidents des articles 1 et 2 de la Loi relative aux CETC, selon

¹²⁰ Appel de IENG Sary, par. 7, se référant à l'Ordonnance contestée, par. 21, citant à son tour *Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP 01), « Décision sur l'ordonnance de placement en détention provisoire de KAING Guek Eav, alias "Duch" », 3 décembre 2007 (la « Décision relative à la détention de Duch »), par. 20.

¹²¹ Décision contestée, par. 21.

¹²² Id.

¹²³ Appel de IENG Sary, par. 7 ; Décision relative à la détention de Duch, par. 19.

¹²⁴ *Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-CETC/TC, « Décision relative à la demande de mise en liberté », 15 juin 2009, doc. n° E39/5, par. 10.



lesquels les Chambres extraordinaires ont pour objet « de traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire, ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge, commis durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979 ». À cet égard, il appert également de la Loi relative aux CETC qu'à cette fin, les Chambres extraordinaires sont créées à l'intérieur de la structure judiciaire cambodgienne.

48. L'allégation selon laquelle les co-juges d'instruction se sont mépris en considérant que les CETC pouvaient appliquer directement le droit international coutumier, alors qu'aucune exception ne permet une telle application sous un régime juridique autonome, ne saurait être accueillie¹²⁵. Pas plus que ne saurait prospérer l'argument qui s'oppose à l'application du droit international coutumier devant les CETC au motif que celles-ci sont une juridiction interne au sein d'un système dualiste dépourvu de toute disposition constitutionnelle, législative ou jurisprudentielle intégrant le droit coutumier au droit interne. Cette prétention est en contradiction avec le libellé de l'article 2 de la Loi relative aux CETC dont il appert que les Chambres extraordinaires sont compétentes pour appliquer les formes de responsabilité relevant du droit international coutumier au moment des faits. Pour la même raison, même s'il s'avérait que les co-juges d'instruction s'étaient trompés sur la question du régime juridique autonome, cette erreur serait sans conséquence sur la validité de leur reconnaissance de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant les CETC.

¹²⁵ Appel de IENG Sary, par. 25 à 32, se référant au paragraphe 22 de l'Ordonnance contestée, où « [l]es co-juges d'instruction rappellent que le Code pénal de 1956 était inspiré du droit français et, en droit français, les crimes internationaux tels que ceux qui relèvent de la compétence des CETC constituent une catégorie spécifique soumise à un régime juridique autonome, distinct du droit pénal national et caractérisé par un ensemble cohérent de règles de procédure et de fond ». KHIEU Samphan soulève des griefs similaires lorsqu'il fait valoir d'abord que le droit français invoqué par les co-juges d'instruction pour conclure à l'existence de régimes juridiques autonomes ne date que de 2002 et n'existait donc pas entre 1975 et 1979, ensuite que, « contrairement à ce que semblent affirmer les co-juges d'instruction, c'est parce que le droit national pénal français applicable prévoit des règles dérogatoires au droit commun pour [les crimes contre l'humanité], que la doctrine les considère comme une catégorie spécifique d'infractions [et] certainement pas l'inverse, et enfin que, comme le régime autonome tel qu'il s'applique aux crimes contre l'humanité en droit français et en 2002 ne contient pas de dispositions spécifiques régissant la responsabilité individuelle, ces crimes relèvent des règles ordinaires de compétence et de procédure. Appel de KHIEU Samphan, par. 60 à 66 ; Réplique de KHIEU Samphan, par. 17 à 21.



49. Quant à l'erreur reprochée aux co-juges d'instruction pour avoir admis « que l'entreprise criminelle commune telle qu'articulée par la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* pouvait relever de la « commission » visée à l'article 29 [de la Loi relative aux CETC] »¹²⁶, la Chambre relève que l'article en question est le pendant des articles 6 du Statut du TPIR et 7 du Statut du TPIY et note la constance avec laquelle les tribunaux ad hoc ont considéré la participation à une entreprise criminelle commune comme une forme de « commission »¹²⁷. Au vu de cette jurisprudence constante, la Chambre est d'avis que si les auteurs de la Loi relative aux CETC avaient voulu circonscrire la notion de « commission » inscrite à l'article 29 au fait d'exécuter physiquement et directement l'élément matériel du crime, ils auraient explicité cette restriction.

50. La Chambre porte à présent son examen sur le cœur des Appels, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'entreprise criminelle commune ou, à titre subsidiaire, ses formes systémique et élargie trouvaient fondement en droit international coutumier entre 1975 et 1979, et, dans l'affirmative, si ces formes de responsabilité étaient suffisamment accessibles et prévisibles pour les personnes mises en examen.

A. L'entreprise criminelle commune constituait-elle une forme de responsabilité au regard du droit international coutumier avant 1975 ?

1. Arguments

51. Le septième moyen d'appel de IENG Thirith et la troisième erreur alléguée par IENG Sary contiennent les arguments connexes suivants : i) les co-juges d'instruction n'étaient pas fondés à conclure que les trois catégories d'entreprise criminelle commune faisaient partie du droit international coutumier au moment des faits¹²⁸ et ii) ils ont eu tort de ne pas

¹²⁶ Appel de IENG Sary, par. 2 d) ; Réplique de IENG Sary, par. 40 à 50.

¹²⁷ Voir, en particulier, l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 12 à 18, se référant au précédent *Tadić* et à la jurisprudence subséquente.

¹²⁸ Appel de IENG Thirith, par. 60, 72 et 73 a). L'appelante ne s'étend guère sur le pourquoi de cette absence de fondement. Elle soutient essentiellement que la justification coutumière de l'entreprise criminelle commune est hautement controversée « pour le TPIY » [traduction] et ne devrait pas être transposée au Cambodge des



entreprendre une analyse indépendante pour déterminer si la responsabilité découlant d'une entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979¹²⁹. Les appelants avancent de nombreuses raisons pour soutenir que les co-juges d'instruction ont fait erreur en considérant que l'entreprise criminelle commune existait en droit international coutumier au moment des faits. Premièrement, ils font valoir qu'en son Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY s'est méprise en concluant à l'existence de l'entreprise criminelle commune en droit international coutumier¹³⁰ sur la base d'un nombre trop restreint d'affaires¹³¹, et que les traités sur lesquels elle s'est fondée à cette fin ne vont pas dans le sens d'une application de cette forme de responsabilité en l'espèce, comme affirmé, car ils n'existaient pas entre 1975 et 1979¹³². Ils invoquent aussi le fait que, par la suite, la Cour pénale internationale (CPI) « a rejeté la jurisprudence des tribunaux ad hoc en matière d'entreprise criminelle commune, [...] lui préférant la notion de "contrôle exercé sur le crime" pour distinguer les auteurs principaux et les complices » [traduction], et que « les travaux préparatoires [de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif] ne fournissent pas d'explication quant aux raisons qui ont motivé la formulation adoptée pour son article 2 »¹³³ [traduction]. Deuxièmement, les appelants font valoir que l'entreprise criminelle commune n'a jamais été consacrée par la pratique constante et générale des États. La jurisprudence de Nuremberg ne permet pas de conclure à son

années 70, s'appuyant en cet argument sur M. Sassoli et L. M. Olson, « *The Decision of the ICTY Appeals Chamber in the Tadić Case: New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law?* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 839, p. 7, où est envisagée la controverse suscitée par le parti de la Chambre d'appel du TPIY de décrire par le détail le droit italien confortant la théorie de l'entreprise criminelle commune tout en ignorant dans une large mesure les jurisprudences hollandaise et allemande qui ne vont pas dans ce sens. Elle fait également référence à A. M. Danner et J. S. Martinez, *Guilty by Association: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, mars 2004. Voir aussi Réplique de IENG Sary, par. 19 à 30.

¹²⁹ Appel de IENG Sary, par. 2 c).

¹³⁰ Ibid., par. 36 et 37.

¹³¹ Ibid., par. 38 à 40, soulignant le fait qu'en son Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY ne s'est fondée que sur six affaires pour établir la première catégorie d'entreprise criminelle commune, sur deux affaires supplémentaires pour établir la seconde catégorie, et sur deux affaires pour établir la troisième. L'appelant affirme également que le droit international coutumier ne peut se définir que sur la base de la pratique et de l'*opinio juris* constantes et généralisées des États, les déclarations normatives qui figurent dans les décisions judiciaires ne devant être considérées que comme les manifestations d'un droit international coutumier en évolution et non comme des règles de droit formelles. Pour se muer en véritable normes de droit coutumier, elles doivent trouver confirmation dans la pratique et l'*opinio juris* d'une majorité d'États.

¹³² Appel de IENG Sary, par. 37.

¹³³ Ibid., par. 41 et 42.



existence¹³⁴ et la plupart des systèmes juridiques lui préfèrent un modèle de coaction qui fait la distinction entre la responsabilité de l'auteur principal et celle du complice¹³⁵. Le Statut de la CPI ne codifie par l'entreprise criminelle commune et la jurisprudence de la Cour en a rejeté l'application¹³⁶. Troisièmement, le danger inhérent à la doctrine de l'entreprise criminelle commune milite contre son application devant les CETC¹³⁷. Quatrièmement, quand bien même il serait admis que l'entreprise criminelle commune fait partie du droit international coutumier, il faudrait en limiter l'application à la seule coaction, comme le prévoit le droit cambodgien¹³⁸.

¹³⁴ Ibid., par. 44, selon lequel, à Nuremberg, conformément à l'approche de la *common law*, « les personnes poursuivies n'étaient pas classées comme étant des "auteurs" ou des "complices" et les verdicts plutôt brefs étaient assortis de motifs très limités, de sorte que la Chambre d'appel a dû en son Arrêt *Tadić* déduire la forme de responsabilité à appliquer des déclarations faites par les procureurs. Selon l'appelant, il existe aussi des exemples d'affaires de l'après-Deuxième Guerre mondiale, telle que l'affaire *Justice*, dans lesquelles la catégorie élargie d'entreprise criminelle commune n'a manifestement pas été utilisée. Appel de IENG Sary, par. 46.

¹³⁵ Appel de IENG Sary, par. 47 et 48.

¹³⁶ Ibid., par. 49 à 58, se référant à la position adoptée par la Chambre préliminaire de la CPI dans l'affaire *Lubanga*, laquelle a préféré recourir à la notion de « contrôle sur le crime » pour opérer la distinction entre les auteurs principaux et les complices, plutôt qu'à celle, subjective, d'entreprise criminelle commune. Selon l'appelant, « les CETC ne sauraient se contenter de souscrire à la position adoptée par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Stakić* [rejetant l'application par la Chambre de première instance de la responsabilité par coaction résultant d'un « contrôle sur le crime » comme n'étant pas fondée au regard du droit international coutumier] sans expliquer pourquoi elle estime que la Chambre de première instance du TPIY et la Cour pénale internationale se seraient méprisées » [traduction]. Appel de IENG Sary, par. 57.

¹³⁷ Appel de IENG Sary, par. 59 à 62, où l'appelant affirme, d'une part, que la conclusion de l'Appel *Tadić* selon laquelle la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune est une variante de la première, conclusion sur laquelle se fonde l'Ordonnance contestée, est trompeuse et fautive parce que « la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune s'assimile plus souvent à la troisième qu'à la première » [traduction], et, d'autre part, en s'appuyant sur le Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, que « la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne connaît pas d'élément moral généralement admis » et qu'il s'agit d'une forme de responsabilité du fait d'autrui qui est fort critiquée par la doctrine et qui va à l'encontre du principe de la culpabilité, même si une approche subjective est retenue, dès lors que le fait d'exiger que l'accusé ait une connaissance suffisante des faits, d'une part, pour que les crimes qui iront au-delà du but commun soient, pour lui, une conséquence naturelle et prévisible, d'autre part, est « une combinaison qui relève de l'impossibilité. [...] En réalité, la connaissance est une norme applicable aux crimes d'intention [...], alors que le caractère prévisible relève de la norme de l'insouciance ou de la négligence » [traduction].

¹³⁸ Appel de IENG Sary, par. 63 à 65, où l'appelant fait référence au Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, p. 11 et 12, selon lequel « il n'est satisfait aux exigences relatives à la coaction que pour la première catégorie d'[entreprise criminelle commune], et seulement si elle est perçue comme structure objective-subjective, exigeant, outre le simple but commun ou la simple volonté commune [...], l'exécution proprement dite de l'acte ou des actes par le ou les membres de l'entreprise ». L'appelant ajoute que « [c]omme la coaction est déjà une forme de responsabilité prévue par la loi cambodgienne, il n'y a aucune raison d'appliquer la première catégorie d'entreprise criminelle en tant que forme de responsabilité distincte », en particulier compte tenu du fait que « les CETC doivent servir de modèle aux juridictions cambodgiennes » et que « le Gouvernement cambodgien a explicitement rejeté l'entreprise criminelle commune » dans son nouveau Code pénal [traductions]. Voir aussi, Réplique de IENG Sary, 32 à 39, affirmant que l'entreprise criminelle commune n'était pas une forme de responsabilité dont l'application était prévisible au Cambodge de 1975 à 1979.



52. À ces arguments, les co-procureurs répondent que les co-juges d'instruction « ont déclaré à juste titre que les trois catégories d'entreprise criminelle commune faisaient partie du droit international coutumier depuis bien avant la période allant de 1975 à 1979 »¹³⁹. Les co-procureurs ont invoqué « le grand nombre de statuts, d'affaires et de déclarations qui, au niveau international comme au niveau national, viennent confirmer le fait que l'entreprise criminelle commune est une norme de droit qui existe depuis Nuremberg [,] preuve convaincante d'une pratique des États et d'une *opinio juris* généralisées établissant une règle de droit international coutumier en la matière »¹⁴⁰. Aux griefs formulés contre l'applicabilité de la catégorie élargie d'entreprise criminelle, les co-procureurs ont répondu que « nombre de systèmes juridiques avancés reconnaissaient des modes de participation criminelle similaires à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Il s'agissait notamment du complot, de la *felony murder doctrine* ou théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure, de l'association de malfaiteurs et de nombreuses autres théories de coaction »¹⁴¹ (ces arguments seront examinés plus loin). Selon les co-procureurs, le reproche fait à l'Arrêt *Tadić* d'avoir fait relever l'entreprise criminelle commune du droit international coutumier sur la base d'un trop petit nombre d'affaires ignore les éléments tangibles qui viennent par ailleurs conforter la conclusion de la Chambre d'appel du TPIY.

2. Discussion

i) Remarques d'ordre général

¹³⁹ Réponse unique des co-procureurs, par. 32, se référant à l'Ordonnance contestée, par. 21.

¹⁴⁰ Ibid., se référant à la Réponse des co-procureurs et aux observations des co-procureurs intitulées « *Co-Prosecutors' Supplementary Observations on Joint Criminal Enterprise* », 31 décembre 2008, doc. n° D97/8 (les « Observations supplémentaires de co-procureurs »). Les co-procureurs font également référence à l'« inclusion de la responsabilité du fait d'un "plan concerté" dans le Statut de Nuremberg ainsi que dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié » et aux « décisions rendues par les tribunaux de l'après-Deuxième Guerre mondiale » – dont 10 ont été citées dans l'Arrêt *Tadić* : six à l'appui de la première catégorie d'entreprise criminelle commune, deux à l'appui de la deuxième et deux à l'appui de la troisième –, autant d'éléments qui, selon eux, « ont cristallisé l'entreprise criminelle commune en droit international coutumier » (Observations supplémentaires des co-procureurs, par. 10). Ils invoquent également le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48^e session, 6 mai – 26 juillet 1996, où il est dit que les instruments internationaux susmentionnés « ont donné naissance à tout le paradigme international de la responsabilité pénale », et relèvent le fait que l'Assemblée générale des Nations Unies a confirmé « à l'unanimité les principes du Statut et des jugements de Nuremberg ». Réponse unique des co-procureurs, par. 35.

¹⁴¹ Réponse unique des co-procureurs, par. 33, se référant aux Observations supplémentaires des co-procureurs, par. 10 et notes 22 à 26.



53. La Chambre préliminaire rappelle qu'une juridiction qui est appelée à considérer l'état du droit international coutumier pour déterminer l'existence de tel crime ou de telle forme de responsabilité doit vérifier l'existence et la nature « commune, uniforme et concordante »¹⁴² de la pratique ou de l'*opinio juris* des États¹⁴³ en la matière. Cela signifie que ce que les États font et disent représente le droit. Une abondante pratique ne suffit pas, habituellement, à présumer de l'existence d'une *opinio juris* : « Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. »¹⁴⁴ Ainsi sont-ce les États qui déterminent le contenu du droit international, les décisions de justice étant à l'évidence « un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »¹⁴⁵. La Chambre note qu'il n'apparaît pas clairement si « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »¹⁴⁶ doivent être considérés comme une source principale ou secondaire du droit international, mais il reste qu'ils ont été pris en compte, par le TPIY notamment, pour définir les éléments d'un crime de droit international¹⁴⁷ ou la portée d'une forme de responsabilité¹⁴⁸ faisant partie du droit international coutumier.

54. L'Arrêt *Tadić* est la première décision dans laquelle un tribunal international remonte à l'origine et retrace l'évolution de la théorie de l'entreprise criminelle commune en droit international coutumier. La Chambre d'appel du TPIY a estimé que « la cohérence et la force de la jurisprudence et des traités susmentionnés, ainsi que leur conformité avec les principes

¹⁴² *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la p. 50.

¹⁴³ Aux termes de l'article 38 1) du Statut de la Cour internationale de justice de 1946 (le « Statut de la CIJ »), généralement reconnu comme l'énoncé de référence des sources du droit international, une juridiction est notamment tenue d'appliquer « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit international ».

¹⁴⁴ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la p. 45, par. 77.

¹⁴⁵ Statut de la CIJ, art. 38 1) d).

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. 38 1) c).

¹⁴⁷ Voir, à titre d'exemple, la conclusion de la Chambre de première instance du TPIY dans le jugement *Furundžija* selon laquelle « pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis [...], il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. On peut, avec toute la prudence nécessaire, dégager ces principes du droit interne » (Jugement *Furundžija*, par. 177).

¹⁴⁸ Arrêt *Blaškić*, par. 34 à 42.



généraux de responsabilité pénale consacrés tant par le Statut que par le droit pénal international et le droit interne, permettent de conclure que la jurisprudence reflète les règles coutumières du droit pénal international »¹⁴⁹. C'est la raison pour laquelle, en toute logique, l'Ordonnance contestée s'est fondée sur la valeur de précédent de cet arrêt fondateur pour déclarer que « [p]renant en considération les aspects internationaux des CETC, ainsi que le fait que la jurisprudence sur laquelle se fonde la notion d'[entreprise criminelle commune] préexistait aux événements faisant l'objet des investigations devant les CETC, les co-juges d'instruction considèrent qu'il existe un fondement en droit international pour la mise en application [de l'entreprise criminelle commune] »¹⁵⁰.

55. Pour se prononcer en son Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY a interprété le Statut du TPIY conformément à l'objet que lui reconnaissait le rapport présenté par le Secrétaire général de l'ONU au Conseil de sécurité de l'ONU¹⁵¹. Elle a aussi considéré les caractéristiques de nombreux crimes commis en temps de guerre. À cet égard, la Chambre souscrit à l'approche adoptée dans l'Arrêt *Tadić* de considérer l'évolution des formes de responsabilité applicables aux violations du droit pénal international à la lumière de la nature même de ces crimes, souvent perpétrés par des groupes d'individus agissant conformément à un objectif criminel commun¹⁵². Comme le dit l'Arrêt, « [b]ien que le crime puisse être physiquement commis par certains membres du groupe [...], la participation et la contribution des autres membres du groupe est souvent essentielle pour favoriser la perpétration des crimes en question »¹⁵³. C'est un crime qui ne se distingue pas seulement du

¹⁴⁹ Arrêt *Tadić*, par. 226.

¹⁵⁰ Ordonnance contestée, par. 21, se référant à l'Arrêt *Tadić*, par. 185 et suiv. L'Ordonnance contestée s'appuie par ailleurs sur d'autres décisions de la Chambre d'appel du TPIY, notamment sur l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, pour ce qui est de l'application du principe de légalité aux formes de responsabilité en droit pénal international, ainsi que sur *Le Procureur c. Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-A, « Arrêt », 17 mars 2009 (l'« Arrêt *Krajišnik* ») et les Arrêts *Kvočka* et *Brđjanin*, pour ce qui est de la détermination des éléments matériel et moral constitutifs des diverses catégories d'entreprise criminelle commune.

¹⁵¹ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, doc. de l'ONU S/25704, 3 mai 1993.

¹⁵² Arrêt *Tadić*, par. 191, selon lequel « [l]a plupart de ces crimes ne sont pas le fait de la propension d'individus isolés à commettre des actes criminels mais sont des manifestations d'un comportement criminel collectif : ils sont souvent exécutés par des groupes d'individus agissant de concert aux fins de la réalisation d'un dessein criminel commun ».

¹⁵³ Arrêt *Tadić*, par. 191.



crime ordinaire par l'échelle à laquelle il est commis, mais aussi par le fait qu'il survient au cours d'un conflit. Tandis que le crime ordinaire est habituellement le fait d'un individu ou d'un petit groupe d'individus, le crime commis dans le cadre d'un conflit n'est souvent rendu possible qu'en raison de l'implication d'organes de l'État qui poursuivent des politiques criminelles et usent de tous les moyens disponibles pour arriver à ces fins criminelles.

56. Afin de dresser l'état du droit international coutumier en la matière, la Chambre d'appel du TPIY a étudié dans le détail, en son Arrêt *Tadić*, la jurisprudence relative à 10 affaires de crimes de guerre jugées après la Seconde Guerre mondiale¹⁵⁴. Elle a également examiné les dispositions pertinentes de deux conventions internationales reflétant la position de nombreux États sur les questions de droit (l'article 2 3) c) de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif¹⁵⁵ et l'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale¹⁵⁶)¹⁵⁷. Elle s'est en outre référée au droit et à la jurisprudence internes. Notant que la notion de « but commun », consacrée en droit pénal international, a des bases dans de nombreux systèmes juridiques internes, elle a toutefois reconnu qu'il n'était pas nécessairement établi que la plupart des pays avaient effectivement la même conception de cette notion¹⁵⁸.

ii) Les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune (élémentaire et systémique)

57. Bien que les co-juges d'instruction se soient fondés exclusivement sur l'Arrêt *Tadić* pour se prononcer dans l'Ordonnance contestée sur les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune, il n'appartient pas à la Chambre de rechercher, comme le fait valoir un des appelants, si la Chambre d'appel du TPIY s'est appuyée sur un

¹⁵⁴ Ibid., par. 197 et suiv.

¹⁵⁵ Adoptée par la résolution A/RES/52/164 de l'Assemblée générale des Nations Unies, par consensus, le 15 décembre 1997, et ouverte à signature le 9 janvier 1998.

¹⁵⁶ Adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires tenue à Rome.

¹⁵⁷ Arrêt *Tadić*, par. 221 et 222.

¹⁵⁸ Ibid., par. 224 et 225.



trop petit nombre d'affaires¹⁵⁹. Pour apprécier si l'Arrêt *Tadić* a conclu à tort ou à raison que la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune existait en droit international coutumier (en 1992)¹⁶⁰, la Chambre ne confinera pas son examen à la jurisprudence invoquée dans l'Arrêt lui-même. En effet, comme l'a justement déclaré la Chambre d'appel du TPIR, la conclusion de l'Arrêt *Tadić* selon laquelle le droit international coutumier permettait d'appliquer la « notion de but commun » aux crimes relevant de la compétence du Tribunal, « est renforcée par l'usage qui est fait de la théorie du plan concerté ou de l'entreprise dans les instruments [suivants] relatifs aux tribunaux de l'après-Seconde guerre mondiale »¹⁶¹ [traduction] : 1) l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international¹⁶² (le « Statut et le Tribunal de Nuremberg »), disposant que les personnes « qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes les personnes, en exécution de ce plan »¹⁶³, et 2) la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, texte de loi conjoint adopté en 1945 par les quatre puissances d'occupation, reflétant l'accord des grandes puissance sur le droit à appliquer aux crimes internationaux ainsi que sur la compétence des tribunaux militaires appelés à connaître de ces crimes¹⁶⁴, et disposant que la personne qui « a

¹⁵⁹ Appel de IENG Sary, par. 38 à 40, soulignant que l'Arrêt *Tadić* ne s'était appuyé que sur six affaires pour établir la première catégorie d'entreprise criminelle commune, sur deux affaires supplémentaires seulement pour établir la deuxième et sur deux affaire pour la troisième.

¹⁶⁰ Appel de IENG Sary, par. 36 et 37.

¹⁶¹ Décision *Rwamakuba* relative à l'entreprise criminelle commune, par. 18.

¹⁶² Daté du 8 août 1945, le Statut du Tribunal militaire international définissait le droit et la procédure appelés à régir les procès de Nuremberg. Le Tribunal de Nuremberg a été créé conformément à l'Accord de Londres du 8 août 1945 entre le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, « pour juger et punir sans délai, les grands criminels des pays européens de l'Axe ». Il a jugé les 22 plus hauts dirigeants du régime nazi encore en vie.

¹⁶³ Statut de Nuremberg, art. 6, dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg : 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946*, vol. 1, p. 12. Contrairement à ce qui est affirmé dans la Réplique de IENG Sary (par. 22, note 45), la responsabilité découlant du « plan concerté » s'applique, aux termes de l'article 6 du Statut de Nuremberg, à « l'un quelconque des crimes ci-dessus définis », ce qui, de toute évidence, englobe non seulement les crimes contre la paix, mais aussi les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

¹⁶⁴ La Loi n° 10 du Conseil de contrôle régit les procès de criminels de guerre de rang moins élevé, poursuivis devant des tribunaux militaires américains, britanniques, canadiens et australiens siégeant en Allemagne occupée, ainsi que devant des tribunaux allemands. Les tribunaux militaires devaient s'aligner sur le Statut et la jurisprudence de Nuremberg (Loi n° 10 du Conseil de contrôle, *Gazette officielle du conseil de contrôle en Allemagne* (1946), vol. 3, p. 50 et suiv.



participé à des plans ou à des entreprises concernant l'exécution » d'un de ces crimes, est considérée comme l'ayant « commis »¹⁶⁵.

58. Les États Parties à ces instruments internationaux ont ainsi reconnu que la responsabilité pour la commission d'un crime ne s'imputait pas qu'à ses auteurs physiques, mais s'étendait à ceux qui, intentionnellement, prenaient part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan ou d'une entreprise communs prévoyant cette commission, dotant ainsi les catégories élémentaire et systémique d'entreprise criminelle commune (première et deuxième catégories) de bases juridiques indéniables.

59. Avant de passer en revue la jurisprudence des tribunaux militaires de l'après-Deuxième Guerre mondiale, la Chambre note que les appelants contestent l'approche jurisprudentielle adoptée dans l'Arrêt *Tadić* pour dresser l'état du droit international coutumier.

60. La Chambre estime que la jurisprudence des tribunaux militaires susmentionnés fait autorité pour ce qui est de l'interprétation des textes constitutifs de ces juridictions et qu'il est opportun de s'y référer pour déterminer si le droit international coutumier reconnaissait l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité à l'époque qui intéresse le dossier n° 002. À cet égard, la Chambre juge convaincantes les remarques faites par la Chambre de première instance du TPIY en son Jugement *Kupreškić* sur la valeur à accorder aux décisions d'autres juridictions internationales pour déterminer si la pratique et l'*opinio juris* des États tendent à confirmer l'existence de telle ou telle règle en droit international coutumier :

« ... les décisions judiciaires peuvent se révéler d'une aide précieuse pour déterminer le droit en vigueur. [...] Incontestablement, il convient d'attacher une grande importance aux décisions de juridictions pénales internationales telles les tribunaux internationaux de Nuremberg ou de Tokyo, ou des juridictions nationales agissant en application et en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de

¹⁶⁵ Voir Loi n° 10 du Conseil de contrôle, art. II 2), dans *Gazette officielle du conseil de contrôle en Allemagne* (1946), vol. 3, p. 50 et suiv., disposition aux termes de laquelle « [t]oute personne [...] est considérée comme ayant commis un des crimes énumérés au paragraphe 1 du présent article, si elle : a) a été auteur, b) a été complice dans l'exécution d'un de ces crimes, l'a ordonné ou favorisé, c) y a consenti, d) a participé à des plans ou à des entreprises concernant l'exécution de ce crime ».



contrôle. Ces tribunaux appliquaient des instruments internationaux dont les dispositions étaient déclaratoires du droit en vigueur ou avaient été progressivement intégrées au droit international coutumier. »¹⁶⁶

61. En outre, comme l'ont relevé à juste titre les co-procureurs, la Commission du droit international des Nations Unies (CDI) a qualifié le principe de la responsabilité et du châtement des individus pour crimes de droit international reconnu par le Tribunal de Nuremberg de « pierre angulaire du droit pénal international »¹⁶⁷. La résolution qui a confirmé les principes de Nuremberg a également invité la CDI à codifier ceux-ci dans le cadre d'un code international de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le premier projet de code de la CDI, en 1956, incluait spécifiquement « [l]e principe de la responsabilité pénale individuelle pour l'élaboration d'un plan ou participation à un plan concerté ou à une entente en vue de commettre un crime »¹⁶⁸. Lorsqu'elle s'est penchée sur les sources du droit international, la Chambre de première instance du TPIY a justement relevé que les projets de code de la CDI ne constituaient pas la pratique des États dont il faut tenir compte lorsqu'on détermine les règles de droit international coutumier. Cependant, « [i]ls peuvent rendre compte de considérations juridiques largement partagées par la communauté internationale et peuvent parfaitement dégager les règles de droit international »¹⁶⁹.

62. Relativement aux catégories élémentaire et systémique d'entreprise criminelle commune, la Chambre d'appel du TPYI a examiné en son Appel *Tadić* huit affaires (dont deux relatives aux camps de concentration) démontrant qu'il fallait, pour retenir l'une comme l'autre de ces formes de responsabilité, que l'accusé fût animé de l'intention que les crimes prévus par le plan commun fussent commis. Il s'agit des affaires suivantes :

¹⁶⁶ *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, « Jugement », 14 janvier 2000 (le « Jugement Kupreškić »), par. 540 et 541.

¹⁶⁷ Réponse unique des co-procureurs, note 56, se référant au Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48^e sessions, 6 mai – 26 juillet 1996, documents officiels de la 51^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, supplément n° 10, p. 19.

¹⁶⁸ Réponse unique des co-procureurs, note 56, se référant au Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48^e sessions, 6 mai – 26 juillet 1996, documents officiels de la 51^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, supplément n° 10, p. 21.

¹⁶⁹ *Le Procureur c. Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-T, « Jugement », Chambre de première instance II, 29 novembre 2002 (le « Jugement Vasiljević »), par. 200.



- a) Affaire *Georg Otto Sandrock et consorts* (procès d'Almelo), jugée par « un tribunal militaire britannique [qui] a invoqué la doctrine de "l'entreprise criminelle commune" pour déclarer trois Allemands coupables du meurtre d'un prisonnier de guerre britannique »¹⁷⁰.
- b) Affaire *Hoelzer et consorts*, portée devant un tribunal militaire canadien et dans laquelle « l'assesseur (*Judge Advocate*) a parlé dans ses conclusions d'une "entreprise commune" s'agissant du meurtre d'un prisonnier de guerre canadien par trois Allemands et a souligné que ces trois personnes savaient qu'elles emmenaient la victime à un endroit précis dans l'intention de la tuer »¹⁷¹.
- c) Affaire *Jepsen et consorts*, dans laquelle « [u]n tribunal britannique avait à se prononcer sur la responsabilité de Jepsen (un des accusés) dans la mort de personnes internées dans un camp de concentration durant les quelques semaines qui avaient précédé la capitulation de l'Allemagne en 1945, dans l'attente de leur transfert dans un autre camp »¹⁷². La Chambre d'appel a noté ce qui suit relativement à cette affaire :

« À cet égard, le Procureur a fait valoir (sans que l'assesseur ne le réfute) que : "Si Jepsen a pris part à ce massacre délibéré de quelque 80 personnes, aidant les autres en faisant sa part de la besogne, l'ensemble des quelque 80 meurtres peuvent lui être imputés ainsi qu'à chacun des hommes qui ont d'une quelconque manière aidé à commettre cet acte." »¹⁷³

- d) Affaire *Schonfeld*, dans laquelle l'assesseur a déclaré que « [s]i plusieurs personnes s'associent dans un but illicite en ayant recours à des moyens illicites, et que l'une d'elles réalise cet objectif et tue quelqu'un, ce meurtre est imputable à toutes les

¹⁷⁰ Arrêt *Tadić*, par. 197, se référant à *Trial of Otto Sandrock and three others, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holland, on 24th-26th November, 1945*, UNWCC, vol. I, p. 35.

¹⁷¹ Arrêt *Tadić*, par. 197, se référant à *Hoelzer et al., Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25 March-6 April 1946*, vol. I, p. 341, 347 et 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474)).

¹⁷² Arrêt *Tadić*, par. 198, se référant à *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany (13-23 August, 1946), Judgement of 24 August 1946* (le « Jugement Jepsen ») (transcriptions originales conservées auprès du Public Record Office, Kew, Richmond).

¹⁷³ Arrêt *Tadić*, par. 198, se référant au Jugement *Jepsen*, p. 241.



personnes présentes [...] à condition qu'il ait été commis par un membre du groupe tandis qu'il s'employait à mener à bien l'objectif commun du groupe »¹⁷⁴.

- e) Affaire *Ponzano*¹⁷⁵, concernant le meurtre de quatre prisonniers de guerre britanniques en violation des règles de la guerre. La Chambre d'appel du TPIY a souligné le rapprochement qui avait été fait, dans cette affaire, entre but commun et lien de causalité, citant comme suit les paroles de l'assesseur souscrivant à l'opinion du Procureur¹⁷⁶ :

« ... il importe qu'un accusé, avant d'être reconnu coupable, ait été impliqué dans le crime. Être impliqué dans la perpétration d'un crime [...] ne signifie pas seulement que l'intéressé soit la personne qui a infligé le coup mortel et causé directement la mort de la victime, que ce soit par un coup de feu ou par tout autre moyen violent, mais suppose également un degré de participation indirecte [...]. En d'autres termes, il doit être le rouage dans la succession des événements qui a conduit au résultat qui s'est effectivement produit. Il peut parvenir à ces fins non seulement en donnant l'ordre de commettre un crime, mais aussi par divers autres moyens... »¹⁷⁷

¹⁷⁴ *Trial of Franz Schonfeld and others, British Military Court, Essen, June 11th-26th, 1946, UNWCC, vol. XI, p. 68 (conclusions de l'assesseur).*

¹⁷⁵ *Trial of Feurstein and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany (4-24 August, 1948), Judgement of 24 August 1948 (l' « affaire Ponzano ») (transcription originales auprès du Public Record Office, Kew, Richmond).*

¹⁷⁶ « Le Procureur a déclaré ce qui suit : "Un principe fondamental en droit anglais et, en fait, dans tous les systèmes de droit, est qu'une personne est responsable de ses actes et est supposée en prévoir les conséquences naturelles et normales, et si ces hommes [...] ont déclenché les événements ayant entraîné la mort des quatre victimes, ils sont alors coupables du meurtre de celles-ci. Il ne faut pas nécessairement que l'un ou l'autre de ces hommes ait emmené eux-mêmes ces soldats à l'extérieur et les aient personnellement exécutés ou abattus. Cela n'est absolument pas nécessaire ; tout ce qu'il faut pour qu'ils soient considérés responsables, c'est qu'ils aient déclenché les événements qui ont conduit aux coups de feu ayant provoqué la mort des quatre hommes en question" (*ibid.*, p. 4., traduction non officielle). »

¹⁷⁷ L'assesseur a encore déclaré que « si l'implication de l'accusé dans les actes reprochés doit faire apparaître un lien de causalité, sa participation n'est pas une condition *sine qua non*. Il n'est pas non plus nécessaire que la commission du crime tienne uniquement à sa participation. » Arrêt *Tadić*, par. 199. L'assesseur a toutefois souligné qu'il était nécessaire que l'accusé ait eu connaissance du but envisagé de l'entreprise criminelle (*id.*). Il a noté à cet égard que « bien entendu, il est tout à fait possible que le crime ait eu lieu en l'absence de l'un des accusés ici présents, mais cela ne revient pas à dire [...] que les accusés ne sont pas un maillon de la chaîne ». Arrêt *Tadić*, par. 199, note 242, se référant à l'affaire *Ponzano*, p. 7 et 8.



- f) *Affaire des Einsatzgruppen*¹⁷⁸, dernière mentionnée dans l'Arrêt *Tadić* en rapport avec la forme élémentaire d'entreprise criminelle commune, dans laquelle un tribunal des États-Unis siégeant à Nuremberg a observé ce qui suit :

« Il convient de garder à l'esprit le principe élémentaire selon lequel ni en vertu de la Loi n°10 du Conseil de contrôle ni en vertu de quelque système de droit pénal que ce soit, la culpabilité en cas de meurtre ne se limite à l'individu qui appuie sur la détente ou qui enterre le cadavre. Conformément aux principes reconnus dans tous les systèmes juridiques civilisés, le paragraphe 2 de l'article II de la Loi n°10 du Conseil de contrôle spécifie un certain nombre d'éléments connexes qui suffisent à établir la culpabilité des intéressés dans un meurtre. Ainsi, sont coupables non seulement les auteurs principaux mais aussi les complices, ceux qui consentent à prendre part à la perpétration d'un crime ou qui sont mêlés à des projets ou entreprises liés à une telle perpétration, ceux qui ordonnent ou encouragent le crime, et ceux qui appartiennent à une organisation ou à un groupe cherchant à commettre un crime. Ces dispositions n'entérinent aucun principe rigoureux ou innovateur en matière de responsabilité pénale... »¹⁷⁹

63. La Chambre note, comme l'a fait la Chambre d'appel du TPIY dans l'Arrêt *Tadić*, que dans de nombreux procès de l'après-Seconde Guerre mondiale menés dans d'autres pays, les tribunaux ont retenu la responsabilité d'accusés qui avaient pris part à la commission de crimes de concert avec d'autres, en s'y impliquant à divers degrés. « Toutefois, ils ne se sont

¹⁷⁸ *The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. IV (l'« affaire des Einsatzgruppen »), p. 3.

¹⁷⁹ « Le tribunal a ajouté : "Même si ces hommes (Radetsky, Ruehl, Schubert et Graf) n'exerçaient pas de fonctions de commandement, ils ne peuvent nier qu'ils étaient membres des Einsatzgruppen, dont la mission, comme le savaient tous les membres, était d'exécuter un programme de meurtres à grande échelle. Tout membre qui a contribué à permettre à ces unités de fonctionner, sachant ce qui se préparait, est coupable des crimes commis par ces unités. Le cuisinier dans la cambuse d'un bateau pirate n'échappe pas à la pendaison simplement parce qu'il est dépourvu de sabre d'abordage. L'individu qui se tient devant la porte d'une banque et surveille les environs peut passer pour un citoyen tout à fait inoffensif, mais si son but est d'avertir ses acolytes en train de dévaliser la banque de l'arrivée de la police, sa culpabilité ne fait aucun doute. Et si l'on suppose, pour les besoins de l'argumentation, que des accusés tels que Schubert et Graf parviennent à faire valoir qu'ils n'ont joué qu'un rôle accessoire en l'espèce, ils ne sont toujours pas mieux lotis que le cuisinier ou que le guetteur." (*ibid.*, p. 373, non souligné dans le texte, traduction non officielle). À cet égard, le tribunal s'est aussi penché sur l'allégation selon laquelle certains des commandants n'avaient pas directement participé aux crimes perpétrés, et a observé que "s'agissant d'accusés tels que Jost et Naumann, [...] il est [...] tout à fait probable qu'ils n'aient pas, ou du moins rarement, participé personnellement aux exécutions. Et il eut été en effet étrange qu'ils le fassent en tant que personnes en position d'autorité. Loin d'être un moyen de défense ou même une circonstance atténuante, le fait que ces accusés n'ont pas personnellement exécuté un grand nombre de personnes, mais qu'ils se sont davantage préoccupés de diriger l'ensemble des opérations des Einsatzgruppen, ne fait qu'aggraver leur responsabilité dans les crimes commis par les hommes placés sous leur commandement" (*ibid.*). » Arrêt *Tadić*, par. 200, note 245.



pas fondés sur la notion de but commun ou de dessein commun, leur préférant celle de coaction. C'est notamment le cas des affaires jugées par les instances italiennes¹⁸⁰ et allemandes¹⁸¹. »¹⁸²

- a) Affaire du Camp de concentration de Dachau¹⁸³, première de deux affaires de cette catégorie considérées dans l'Arrêt *Tadić*, qui a été jugée par un tribunal des États-Unis siégeant en Allemagne et dont les accusés occupaient un échelon relativement élevé dans la hiérarchie du camp de concentration. « D'un point de vue général, ils étaient accusés d'avoir agi conformément à un but commun visant à tuer des prisonniers ou leur faire subir des mauvais traitements, commettant ainsi des crimes de guerre » dans un camp où les détenus (pour la plupart des ressortissants des pays alliés) étaient soumis à un processus systématique de mauvais traitements et de meurtres¹⁸⁴. Les accusés, membres du personnel du camp, avaient connaissance du fonctionnement de ce système et y prenaient une part active. Le tribunal a considéré que ce comportement « revenait à agir en obéissance à un dessein commun en violation des lois et usages de la guerre » et « [t]ous ceux qui ont pris une part quelconque dans la réalisation de ce dessein commun ont été

¹⁸⁰ Décisions de la Cour de cassation italienne relatives aux crimes commis par des miliciens ou des forces de la Republica Sociale Italiana à l'encontre des résistants italiens ou des forces armées italiennes : *Annalberti et al.*, 18 juin 1949, dans *Giustizia penale* 1949, titre II, col. 732, n° 440 ; l'affaire *Rigardo et al.*, 6 juillet 1949, *ibid.*, col. 733 et 735, n° 443 ; *P.M. c. Castoldi*, 11 juillet 1949, *ibid.*, n° 444 ; *Imolesi et al.*, 5 mai 1949, *ibid.*, col. 734, n° 445. Voir aussi *Ballestra*, 6 juillet 1949, *ibid.*, col. 732 et 733, n° 442.

¹⁸¹ Arrêt rendu le 10 août 1948 par la Cour suprême allemande pour la Zone britannique dans l'affaire *K. et A.*, dans *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, vol. I, p. 53 à 56 ; arrêt du 22 février 1949 dans l'affaire *J. et A.*, *ibid.*, p. 310 à 315 ; décision du Tribunal de district (*Landgericht*) de Cologne en date des 22 et 23 janvier 1946 dans l'affaire *Hessmer et al.*, publié dans *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. I, p. 13 à 23, aux pages 13 et 20 ; décision du 21 décembre 1946 du Tribunal de district (*Landgericht*) de Francfort-sur-le-Main dans l'affaire *M. et al.* (*ibid.*, p. 135 à 165, à la p. 154) ; arrêt de la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) du 12 août 1947 dans la même affaire (*ibid.*, p. 166 à 186, à la p. 180) ; décision du Tribunal de district de Braunschweig en date du 7 mai 1947 dans l'affaire *Affeldt*, *ibid.*, p. 383 à 391, à la p. 389.

¹⁸² Arrêt *Tadić*, par. 201, se référant aux affaires mentionnées dans les deux notes suivantes.

¹⁸³ *Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany, 15th November-13th December, 1945*, UNWCC, vol. XI (l'« affaire du Camp de concentration de Dachau »), p. 5.

¹⁸⁴ Arrêt *Tadić*, par. 202.



reconnus coupables de crime de guerre, bien que la nature et le degré de leur participation pouvait varier »¹⁸⁵.

b) *Affaire de Belsen*¹⁸⁶ portée devant un tribunal militaire britannique siégeant en Allemagne. Dans ses conclusions, l'assesseur a retenu « les trois critères jugés nécessaires par l'Accusation pour établir la culpabilité des accusés :

- i) l'existence d'un système organisé visant à maltraiter les détenus et à commettre les divers crimes reprochés ;
- ii) le fait que les accusés avaient connaissance de la nature dudit système ; et
- iii) le fait que les accusés aient d'une certaine manière directement participé à la mise en œuvre du système, c'est-à-dire qu'ils aient encouragé ou aidé ou de toute autre manière participé à la réalisation d'un but criminel commun »¹⁸⁷.

La Chambre d'appel du TPIY a indiqué qu'il « semblait » que plusieurs des accusés avaient été explicitement condamnés sur la base de ces critères. Tel fut en particulier le cas de l'accusé Kramer, semble-t-il, au sujet duquel « [l']assesseur a rappelé à la cour que si l'on examinait la question de la culpabilité et de la responsabilité, c'était certainement Kramer qui était le plus gravement impliqué, suivi des autres accusés selon la hiérarchie des postes qu'ils occupaient »¹⁸⁸. « Les accusés reconnus coupables ont été considérés comme les coauteurs de mauvais traitements, compte tenu de la “position d'autorité” qu'ils occupaient objectivement dans le système concentrationnaire et du fait qu'ils avaient “le

¹⁸⁵ *Affaire du Camp de concentration de Dachau*, p. 14.

¹⁸⁶ *Trial of Josef Kramer and 44 others, British Military Court, Luneberg, 17th September-17th November, 1945*, UNWCC, vol. II (l' « affaire de Belsen »), p. 1.

¹⁸⁷ Arrêt *Tadić*, par. 202. « L'assesseur a résumé et approuvé l'argument juridique du Procureur dans les termes suivants : “L'argument de l'Accusation est que tous les accusés qui faisaient partie du personnel à Auschwitz savaient qu'un certain système y était appliqué et qu'un certain état d'esprit y régnait. En contribuant d'une manière ou d'une autre d'un commun accord à administrer le camp de manière brutale, toutes ces personnes ont adhéré à cet état d'esprit. Elles ont demandé à la cour de ne pas considérer les actes individuels qui pouvaient être prouvés comme étant simplement des crimes commis par elles-mêmes, mais également comme des éléments de preuve indiquant clairement que chacun des auteurs agissait délibérément en tant que partie contribuant à ce système. Elles ont suggéré que si la cour était convaincue que tel était le cas, chacune d'elles assumerait la responsabilité des faits”. » Arrêt *Tadić*, par. 202, note 251, se référant à l'affaire de *Belsen*, p. 121.

¹⁸⁸ Arrêt *Tadić*, par. 202, note 252, se référant à l'affaire de *Belsen*, p. 121.



pouvoir de veiller sur les détenus et de leur permettre de vivre dans des conditions satisfaisantes¹⁸⁹, mais qu'ils ne l'avaient pas fait »¹⁹⁰.

64. La Chambre d'appel du TPIY a noté que dans ces affaires, l'intention requise semblait pouvoir aussi être déduite de la position d'autorité que détenait le personnel du camp. En effet, il n'était pas réellement nécessaire de prouver l'intention requise lorsque le rang occupé par l'accusé ou l'autorité qu'il exerçait était en soi une indication qu'il avait connaissance du but commun et qu'il avait l'intention d'y contribuer. Tous les accusés qui ont été reconnus coupables l'ont été de mauvais traitements constitutifs de crimes de guerre, les peines prononcées à leur égard variant en fonction du degré de participation de chacun.

65. Les co-procureurs ont déclaré à bon escient que l'après-Seconde Guerre mondiale avait livré des affaires pertinentes autres que celles citées dans l'Arrêt *Tadić*¹⁹¹. La Chambre

¹⁸⁹ *Affaire de Belsen*, p. 121.

¹⁹⁰ Arrêt *Tadić*, par. 203. L'Arrêt *Tadić* se réfère à une autre affaire (par. 203, note 254) du même ordre, l'affaire *R. Mulka et al.* (l'« affaire du Camp de concentration d'Auschwitz »): « Bien que la cour soit arrivée aux mêmes conclusions, elle n'a toutefois pas appliqué la doctrine du but commun mais a plutôt considéré les accusés comme des complices tant qu'ils avaient agi dans le cadre des ordres qui leur avaient été donnés, et comme auteurs principaux ceux qui avaient agi en dehors de ce cadre. Cela signifie que s'il n'était pas possible de prouver que l'accusé s'identifiait effectivement aux objectifs du régime nazi, la cour le considérait comme un complice étant donné qu'il n'avait pas l'intention spécifique de "commettre le crime de son propre chef" (Cf. en particulier *Bundesgerichtshof* dans *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. XXI, p. 838 et suivantes et, plus particulièrement p. 881 et suivantes. La *Bundesgerichtshof* indique à la p. 882 :

"Il n'est pas juste de considérer que toute personne ayant été impliquée dans le programme d'extermination mené à Auschwitz [KZ] et ayant commis un acte quel qu'il soit en rapport avec ce programme, est réputée avoir participé aux meurtres et est, à ce titre, responsable de tout ce qui s'est passé. Cela reviendrait à dire que même les actes qui n'auraient pas contribué de manière concrète à la perpétration du crime principal seraient punissables. Ainsi, même le médecin chargé de soigner les gardiens, qui s'est uniquement contenté d'exercer ces fonctions, serait coupable de complicité de meurtre. Il en serait de même pour le médecin qui a soigné les prisonniers du camp et leur a sauvé la vie. Même ceux qui, dans la limite des pouvoirs que leur conféraient leurs fonctions, se sont efforcés, quoique vainement, de faire obstacle au programme d'extermination, malgré leur position de subordonné, n'échapperaient pas à la sanction. Cela n'est pas acceptable." (traduction non officielle) » Arrêt *Tadić*, par. 203, note 254.

¹⁹¹ Voir Réponse unique des co-procureurs, par. 40, note 72, se référant aux Observations supplémentaires des co-procureurs, note 47, énumérant, avec références, 16 affaires publiées dans les recueils de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre et des autorités des États-Unis. Les co-procureurs mentionnent également 10 affaires jugées par des tribunaux allemands et disponibles aux CETC. Ils font valoir que dans toutes ces affaires, les tribunaux ont appliqué la théorie du plan concerté / de l'entreprise criminelle commune, et que « [p]our résumer cette vaste jurisprudence, et expliquer la différence entre le but commun et la simple coaction, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a déclaré ce qui suit : "... le Parquet a la tâche supplémentaire de prouver l'existence d'un but commun, [et] cela étant fait, il peut se fonder sur la règle qui, dans de nombreux systèmes juridiques, veut que ceux qui poursuivent le but commun de commettre une infraction, laquelle sera perpétrée par l'un d'entre eux, seront pleinement responsables de sa commission au



préliminaire est d'avis que deux des affaires jugées sous l'empire de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, les affaires *Justice* et *Rusha*, sont particulièrement utiles pour déterminer si les formes élémentaire et systémique d'entreprise criminelle commune existaient en droit international coutumier à l'époque des faits qui intéressent le dossier n° 002. Ces affaires ont été examinées par la Chambre d'appel du TPIR, qui les a retenues au nombre des sources permettant de conclure qu'à dater de 1992, il était possible, au regard du droit international coutumier, de tenir un accusé pénalement responsable en raison de son adhésion à un projet commun de génocide¹⁹². Ces affaires figuraient également parmi les sources sur lesquelles s'est fondée la Chambre d'appel du TPIY pour conclure que la jurisprudence établie au lendemain de la Seconde Guerre mondiale permettait de retenir la responsabilité d'un accusé du fait de sa participation à un dessein criminel commun lorsque l'élément matériel du crime était exécuté par des personnes qui ne partageaient pas ce dessein¹⁹³. S'il est vrai que les jugements rendus dans les affaires *Justice* et *RuSHA* ne parlent pas expressément d'« entreprise criminelle commune », la Chambre estime toutefois que les éléments juridiques retenus par le Tribunal militaire pour déterminer la responsabilité des accusés sont suffisamment similaires à ceux de l'entreprise criminelle commune (tels que décrits ci-dessus) pour renseigner sur l'état du droit international coutumier en ce qui concerne les catégories élémentaire et systémique de cette forme de responsabilité.

66. De l'avis de la Chambre, la forme de responsabilité pénale individuelle que le Tribunal militaire saisi de l'affaire *Justice* a retenu pour déclarer Lautz, procureur général

regard du droit pénal" [traduction]. » Réponse unique des co-procureurs, par. 40. Les co-procureurs font encore référence à l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, dans lequel il a été dit que les notions de plan commun et d'entreprise criminelle commune désignaient la même réalité. Réponse unique des co-procureurs, par. 40, se référant à l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 36.

¹⁹² Voir Décision *Rwamakuba* relative à l'entreprise criminelle commune, par. 14 à 31. La Chambre d'appel du TPIR cite notamment le Jugement de l'affaire *Justice* – p. 1093 (retenant le fait d'être « associé à la commission » d'une infraction), p. 1094 (retenant le fait d'être « associé dans une certaine mesure » à la persécution), p. 1099 (retenant le fait d'être « sciemment associé » à une infraction), p. 1120 (considérant que l'« association de l'accusé » avec une procédure illégale est établie par la preuve), p. 1128 (déclarant que l'accusé Lautz avait « joué un rôle criminel » dans l'application des lois antipolonaises et antijuives) – et le Jugement de l'affaire *RuSHA* – p. 108 (déclarant que les deux accusés étaient « impliqués dans des crimes liés à l'enlèvement d'enfants étrangers ») [traductions]. Ibid., par. 24, note 56.

¹⁹³ Dans son analyse, la Chambre d'appel du TPIY se réfère abondamment, en raison du caractère instructif qu'elle lui reconnaît, à l'analyse qui est faite de ces affaires dans l'opinion individuelle rendue par le juge Bonomy dans l'affaire *Le Procureur c. Milutinović et consorts*. « Opinion individuelle du juge Iain Bonomy », Décision *Ojdanić* relative à la coaction, par. 18 à 22 en particulier.

Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative à l'entreprise criminelle commune
Original EN: 00486521-00486589

49/75



près le Tribunal du peuple, coupable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, et Rothaug, ancien président du tribunal spécial de Nuremberg, coupable de crimes contre l'humanité, en raison du rôle qu'ils avaient sciemment joué dans un « plan de [persécution] raciale » [traduction] par l'application de lois pénales antipolonaises et antijuives¹⁹⁴, s'apparente à la responsabilité qui découle de la participation à une entreprise criminelle commune. Cela reste vrai même si, comme l'a justement relevé la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Rwamakuba* :

« Les affaires jugées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ne se coulent pas toujours parfaitement dans l'une ou l'autre des "trois catégories" de l'entreprise criminelle commune définies dans l'arrêt *Tadić*, en partie parce que les tribunaux saisis de ces affaires ne se sont pas toujours attardés dans leurs jugements sur les concepts de responsabilité pénale, mais ont simplement déclaré qu'au vu des preuves, les accusés étaient "associés" ou "parties" à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, ou encore qu'ils avaient "joué un rôle" ou étaient "impliqués" dans ces crimes. »¹⁹⁵ [Traduction.]

67. Lautz a pris part au plan commun en autorisant des poursuites pour haute trahison contre des Polonais à qui il était reproché d'avoir « abandonné leurs lieux de travail et tenté de fuir l'Allemagne en franchissant la frontière suisse » [traduction], poursuites qui allaient conduire en définitive à la condamnation à mort et à l'exécution des accusés¹⁹⁶. Le Tribunal militaire a jugé que Lautz avait sciemment pris part au plan national de discrimination raciale « en détournant la loi sur la haute trahison »¹⁹⁷ [traduction]. Il a appliqué les lois antipolonaises et antijuives réputées servir le plan gouvernemental d'extermination de ces groupes de personnes. Il s'est rendu complice du crime de génocide et y a consenti¹⁹⁸. Rothaug a pris part au plan commun en condamnant à mort trois Polonais et un Juif en exécution du programme de persécution raciale mis en place par l'État nazi¹⁹⁹. Le tribunal a

¹⁹⁴ Jugement de l'affaire *Justice*, p. 1081 et 1118 à 1128 pour Lautz, p. 1155 et 1156 pour Rothaug.

¹⁹⁵ Décision *Rwamakuba* relative à l'entreprise criminelle commune, par. 24. Voir aussi note 194 ci-dessus.

¹⁹⁶ Jugement de l'affaire *Justice*, p. 1120 et 1121.

¹⁹⁷ Ibid., p. 1123.

¹⁹⁸ Ibid., p. 1128.

¹⁹⁹ Ibid., p. 1155.



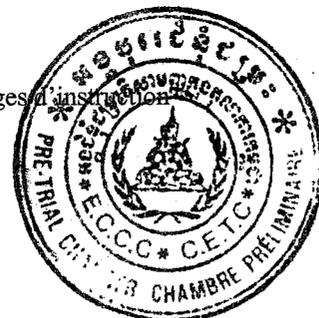
jugé qu'il avait consciemment participé au plan, avait fait sien le programme national et s'était entièrement consacré à la réalisation de celui-ci, prenant ainsi part au génocide²⁰⁰.

68. La Chambre est d'avis que, dans une autre affaire, le Tribunal militaire des États-Unis s'est également fondé sur une forme de responsabilité pénale individuelle similaire à l'entreprise criminelle commune, sans toutefois user de cette expression, pour se prononcer sur la responsabilité des accusés Hofmann et Hildebrandt, responsables du Bureau principal SS de la race et de la colonisation appelé « RuSHA » (abréviation de son nom en Allemand). Hofmann et Hildebrandt ont été accusés d'assassinat, d'extermination, de réduction en esclavage, de déportation, d'emprisonnement, de torture et de persécution constitutifs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, en raison de leur participation à la réalisation du plan commun de « germanisation ». Le Tribunal militaire a jugé établi qu'Hitler, Himmler (chef des SS) et d'autres responsables nazis avaient poursuivi « le double objectif d'affaiblir d'abord et de détruire ensuite les autres nations tout en renforçant l'Allemagne d'un point de vue territorial et biologique aux dépens des nations conquises »²⁰¹ [traduction]. Il a également conclu que Hofmann et Hildebrandt avaient adhéré au programme de « germanisation » et contribué avec zèle à sa réalisation en chargeant les agents du RuSHA de pratiquer des avortements sur des étrangères fécondées par des Allemands, de sanctionner les relations sexuelles entre Allemands et non-Allemands, de soumettre au travail forcé les Polonais et autres Européens de l'Est, de persécuter les Juifs et les Polonais et d'enlever les enfants étrangers²⁰². Hofmann et Hildebrandt avaient également élaboré un programme d'enlèvement pour donner suite aux décrets et mémorandums émis par Himmler. Dans le cadre de ce programme, des examinateurs raciaux décidaient quels enfants polonais avaient suffisamment de « bonnes » caractéristiques raciales pour être « germanisés ». Ces enfants étaient alors enlevés à leurs familles et envoyés en Allemagne pour y être confiés à des institutions

²⁰⁰ Ibid., p. 1156.

²⁰¹ Jugement de l'affaire *RuSHA*, p. 90. Voir aussi *ibid.*, p. 96 (« au tout début, le programme de "germanisation" prévoyait des mesures drastiques et oppressives, notamment : [...] la séparation des membres des familles et l'enlèvement de enfants pour leur inculquer l'idéologie nazie, [...] la destruction de la vie économique et culturelle de la population polonaise et les entraves à la reproduction de la population polonaise » [traduction]).

²⁰² Jugement en l'affaire *RuSHA*, p. 101, 160 et 161.



spéciales²⁰³. Selon les termes du Tribunal militaire, « [c]es examinateurs travaillaient directement, par intervalles, sous le contrôle et la supervision de Hofmann et Hildebrandt, lesquels étaient au fait de leurs activités »²⁰⁴ [traduction]. Compte tenu de leur participation au programme d'enlèvement et de leur connaissance des agissements des examinateurs du RuSHA agissant sur leurs instructions, le Tribunal militaire a jugé que Hofmann et Hildebrandt portaient la « pleine responsabilité » [traduction] des enlèvements²⁰⁵. Quand au programme d'avortement, le Tribunal militaire a conclu que les deux accusés y avaient participé et avaient donné des directives détaillant ses modalités d'exécution²⁰⁶. Compte tenu de leur participation au programme d'avortement et de leur connaissance des agissements des examinateurs raciaux du RuSHA, le Tribunal militaire a jugé que Hofmann et Hildebrandt étaient responsables des avortements forcés²⁰⁷. Il s'est prononcé en ces termes : « Quelle que soit la norme de preuve appliquée, les faits de la cause établissent clairement les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre tels qu'ils sont allégués, en substance, dans l'acte d'accusation »²⁰⁸ et « [l]a preuve établit au delà de tout doute raisonnable que [les accusés] sont coupables et pénalement responsables des [...] activités criminelles » [traductions] que sont les enlèvements d'enfants, les avortements forcés, le vol d'enfants, la sanction des relations sexuelles avec les Allemands et l'entrave à la reproduction des nationaux de pays ennemis²⁰⁹.

²⁰³ Ibid., p. 102 et 106.

²⁰⁴ Ibid., p. 106.

²⁰⁵ Ibid., p. 106, 160 et 161. Voir aussi Opinion du juge Bonomy jointe à la Décision *Ojđanić* relative à la coaction, par. 24.

²⁰⁶ Affaire *RuSHA*, p. 110 et 111. « Le RuSHA avait principalement pour rôle d'effectuer l'examen racial de la travailleuse et du père suspecté pour déterminer si l'enfant conçu serait racialement inférieur ou acceptable ; sur la base de cet examen, on décidait si un avortement devait ou pouvait être pratiqué – les ordres étant que l'avortement ne pouvait être pratiqué si l'on s'attendait à ce que l'enfant présentât de bonnes caractéristiques raciales et qu'il devait être pratiqué si une telle issue s'avérait improbable. » [Traduction.] Affaire *RuSHA*, p. 110.

²⁰⁷ Affaire *RuSHA*, p. 111, 112, 160 et 161. Dans un mémorandum secret, Hildebrandt expose en ces termes l'objectif ultime du programme d'avortements : « ... faire progresser toutes les lignées raciales de valeur afin de renforcer notre peuple, et procéder à l'élimination totale de tout ce qui est de race inférieure. » [Traduction.] Ibid., p. 111 et 112.

²⁰⁸ Affaire *RuSHA*, p. 152 et 153.

²⁰⁹ Ibid., p. 160 (conclusions relatives à Hofmann) ; voir aussi ibid., p. 160 et 161 (conclusions identiques relatives à Hildebrandt). Le Tribunal militaire a condamné les deux hommes à 25 ans d'emprisonnement. Affaire *RuSHA*, p. 166.



69. À la lumière du Statut de Nuremberg, de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, de la jurisprudence internationale et des énonciations qui font autorité²¹⁰, il ne fait pas de doute aux yeux de la Chambre que les première et deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune étaient des formes de responsabilité reconnues par le droit international coutumier au moment des faits concernés par le dossier n° 002, et ce, sans égard à l'opportunité pour la Chambre d'appel du TPIY de se fonder en son Arrêt *Tadić* sur le projet de Statut de la CPI et sur la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif.

70. Les Appels font également valoir que la Chambre d'appel du TPIY s'est indûment fondée sur le droit et la jurisprudence internes pour dresser l'état du droit international coutumier en son Arrêt *Tadić*, et ce, en dépit de sa propre conclusion que voici :

« ...on ne peut se fonder sur les législations et les jurisprudences nationales en tant que sources de normes et principes internationaux, dans le cadre de la doctrine des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : pour que cela soit possible, il faudrait démontrer que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la même notion de but commun. »²¹¹

Ce qui ne ressortait pas de l'étude qu'elle a menée. Au vu de ce qui précède, toutefois, il n'y a pas lieu pour la Chambre d'examiner cet argument des appelants.

71. Avant de porter son examen sur la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, la Chambre se propose de considérer l'argument de IENG Thirith, tiré du Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos²¹², selon lequel la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune repose sur une base ambiguë²¹³, dans ce sens que si on l'interprète de façon restrictive, elle se présente comme une sous-catégorie de la première catégorie, mais que si on la prend au sens plus large d'extension de la responsabilité, elle se rapprochera davantage de la troisième catégorie²¹⁴. La deuxième catégorie d'entreprise criminelle s'apparentant plus à la troisième, la Chambre estime qu'il n'y a pas d'ambiguïté et que le fait

²¹⁰ Réponse unique des co-procureurs, par. 32 et 33.

²¹¹ Arrêt *Tadić*, par. 225.

²¹² Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, section II.4.

²¹³ Appel de IENG Thirith, quatrième et cinquième moyens, par. 38, 44 et 50.

²¹⁴ Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, p. 21 et 25, se référant à V. Haan, *Joint Criminal Enterprise. Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht* (2008), 200, 274 et suiv.



qu'il soit dit dans l'Arrêt *Tadić* que l'élément moral suppose la connaissance de la nature du système²¹⁵ ne signifie pas que la seule connaissance suffise. L'Arrêt *Tadić* requiert aussi « l'intention de contribuer à l'objectif commun concerté consistant à maltraiter les détenus »²¹⁶. On retiendra à cet égard la déclaration faite par le juge Le juge Hunt dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune :

« ... les première et deuxième catégories ne diffèrent pas considérablement. La position de l'accusé y est exactement la même. Dans les deux cas, il joue au sein de l'entreprise criminelle commune, en vue de réaliser l'objet de cette dernière, un rôle différent de celui qui exécute le crime allégué. Le rôle de l'accusé dans la deuxième catégorie consiste à mettre en œuvre le plan en prêtant assistance à l'exécutant du crime reproché. Tant l'accusé que l'exécutant doivent avoir l'intention que le crime reproché soit réalisé. Ne pas poser cette condition comme minimale reviendrait à nier l'existence d'un "but commun". »²¹⁷

72. Ayant conclu que les deux premières catégories d'entreprise criminelle commune étaient des formes de responsabilité dont l'existence en droit international coutumier remontait aux instruments internationaux et à la jurisprudence militaire internationale de l'après-Seconde Guerre mondiale, et ayant conclu, avant cela, que ces formes de responsabilité trouvaient appui dans la notion de coaction visée par le droit cambodgien applicable au moment des faits, il ne fait aucun doute pour la Chambre que la responsabilité pénale fondée sur un but, un objectif ou un plan criminel commun répondait aux critères d'accessibilité et de prévisibilité vis-à-vis des personnes mises en examen.

73. Quant au grief selon lequel l'Ordonnance contestée « n'a pas conclu à l'existence des trois catégories d'entreprise criminelle commune en droit international coutumier à l'époque

²¹⁵ Arrêt *Tadić*, par. 203.

²¹⁶ Id.

²¹⁷ « Opinion individuelle du juge David Hunt », Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 8. Voir aussi Arrêt *Vasiljević*, par. 101 ; Arrêt *Krnojelac*, par. 84 : « ... hormis le cas particulier de la forme élargie d'entreprise criminelle commune, la notion même d'entreprise criminelle commune suppose que ses participants autres que le ou les auteurs principaux des crimes commis dans ce cadre partagent avec ces derniers une intention criminelle commune. »



des faits »²¹⁸ [traduction], la Chambre ne lui reconnaît pas de fondement, estimant que les co-juges d'instruction ont implicitement dégagé la conclusion correcte. Elle juge également dénuée de fondement la prétention selon laquelle, du fait que la jurisprudence internationale à laquelle se réfère l'Arrêt *Tadić* porte essentiellement sur des crimes commis durant la Seconde Guerre mondiale, ainsi que sur des affaires portées devant des tribunaux militaires des États-Unis et d'Europe et sur les systèmes juridiques australien et zambien, « elle ne saurait se transposer sur le territoire asiatique » [traduction], ni *mutadis mutandis* aux CETC et au contexte cambodgien²¹⁹. En ce qui concerne les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune, la Chambre reconnaît le bien-fondé du reproche supplémentaire fait à l'Ordonnance contestée de ne pas motiver son rejet de l'argument selon lequel l'Arrêt *Tadić* « ne constitue pas un précédent de droit pénal international suffisant pour consacrer l'entreprise criminelle commune »²²⁰ [traduction]. De fait, l'Ordonnance est insuffisamment motivée sur ce point. Cela étant, pour les raisons susmentionnées, cette lacune ne saurait renverser la conclusion selon laquelle les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune sont applicables devant les CETC.

74. La Chambre porte à présent son examen sur l'entreprise criminelle commune élargie, cette troisième catégorie étant sans aucun doute la plus controversée.

iii) Troisième catégorie d'entreprise criminelle commune (élargie)

75. Les Appels font valoir que la conclusion de l'Arrêt *Tadić* selon laquelle la troisième forme d'entreprise criminelle commune trouvait une base solide en droit international coutumier n'était pas fondée et allait à rebours de la règle qui veut que le droit international coutumier ne puisse se déterminer que sur la base de la pratique et de l'*opinio juris* constantes et généralisées des États²²¹. Par conséquent, son application devant les CETC violerait le

²¹⁸ Appel de IENG Thirith, par. 52.

²¹⁹ Ibid., par. 66.

²²⁰ Ibid., par. 22 et 24.

²²¹ Appel de IENG Sary, par. 40 et note 105, se référant à Shane Darcy, « *Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice* », 20 LEIDEN J. INT'L L. 377, 384-85 (2007), où il est dit ceci concernant la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune : « Pour ce qui est des juridictions qui ont eu recours à cette notion, la Chambre d'appel s'est fondée sur quelques décisions italiennes et un petit nombre de procès devant les tribunaux militaires alliés ayant principalement trait à la violence collective. Il est permis de douter



principe de légalité²²². L'appelant IENG Sary souligne le fait que l'Arrêt *Tadić* s'est fondé sur des précédents comme les affaires *de l'île de Borkum* et *des lynchages d'Essen*, dans lesquelles les tribunaux militaires avaient rendu de simples verdicts de culpabilité, sans s'engager dans une discussion approfondie du droit relatif au plan criminel commun ou à la violence collective, à tel enseigne que la Chambre d'appel du TPIY « en avait été réduite à citer le [...] procureur militaire et à inférer que les juges avaient accueilli [sa] thèse »²²³ [traduction]. L'appelant fait valoir en outre que l'Arrêt *Tadić* « s'en remettait pour une large part à des affaires non publiées, principalement jugées en Italie [...], pays qui a adopté une approche unitaire selon laquelle tout qui intervient dans la commission d'un crime encourt la responsabilité d'auteur du crime, alors que la plupart des systèmes de droit pénal font la distinction entre auteur principal et complice » [traduction]. Selon l'appelant, une seule des affaires italiennes (*D'Ottavio et consorts*) pourrait être invoquée à l'appui de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune²²⁴. Il cite le passage suivant consacré aux affaires italiennes dans le Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos :

« ... dans le cadre du procès susmentionné, contrairement aux procès tenus devant les tribunaux militaires britanniques et américains, aucune règle de droit international n'a été appliquée, seul le droit national italien l'étant [...]. De plus, cette jurisprudence n'est pas uniforme, la Cour suprême de l'Italie [...] a rendu deux décisions dissidentes. »²²⁵

que l'usage fait par quelques États de cette forme élargie de responsabilité du fait d'un plan commun eût suffi à en faire une norme de droit coutumier, d'autant plus qu'aucun des traités adoptés au lendemain de la guerre ne la reconnaissent. La Chambre d'appel a trouvé en droit interne des bases juridiques limitées à la troisième catégorie. Elle a toutefois noté que les principaux systèmes juridiques ne traitaient pas cette notion de la même façon. D'aucuns font ainsi valoir que de nombreuses juridictions ne reconnaissent pas la responsabilité encourue pour des crimes commis hors le cadre de l'objectif convenu pour les personnes qui participent à un plan commun. » [Traduction.] Voir aussi Appel de IENG Thirith, par. 38, affirmant que « la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'avait aucun fondement au Cambodge entre 1975-1979 » [traduction].

²²² Appel de IENG Sary, par. 2 e).

²²³ Ibid., para. 44 et 45, se référant à Jens David Ohlin, « *Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise* », 5 J. INT'L CRIM. JUST. 69, 75 et note 10 (2007). L'appelant se réfère aussi à Powles qui estime que les affaires *des lynchages d'Essen* et *de l'île de Borkum* considérées dans l'Arrêt *Tadić* n'apportent pas « la preuve indiscutable d'une application de la catégorie élargie d'entreprise criminelle commune » [traduction] et que dans la première affaire en particulier, « il est permis de se demander si le tribunal avait effectivement déclaré coupable de meurtre un accusé qui n'avait pas été animé de l'intention de tuer », dès lors que le Procureur avait requis que les accusés fussent déclarés coupables en raison de leur intention de tuer et que le tribunal avait rendu un verdict de meurtre. Appel de IENG Sary, par. 40, note 105, citant Steven Powles, « *Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?* », 2 J. INT'L CRIM. JUST. 606, 615-616 (2004).

²²⁴ Appel de IENG Sary, par. 40.

²²⁵ Id., se référant au Mémoire d'*amicus curiae* de Kai Ambos, p. 33.



76. Les co-procureurs répondent que « nombre de systèmes juridiques avancés reconnaissaient des modes de participation criminelle similaires à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Il s'agissait notamment du complot, de la *felony murder doctrine* ou théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure, de l'association de malfaiteurs et de nombreuses autres théories de coaction »²²⁶. Selon les co-procureurs, l'argument selon lequel la conclusion dégagée dans l'Arrêt *Tadić* quant à l'existence de l'entreprise criminelle commune en droit international coutumier s'appuyait sur un nombre par trop restreint d'affaires elles-mêmes issues d'un trop petit nombre de juridictions ne prend pas en compte d'importants éléments qui viennent par ailleurs conforter la Chambre d'appel du TPIY dans sa conclusion.

77. Ayant examiné la jurisprudence retenue dans l'Arrêt *Tadić* relativement à la catégorie élargie d'entreprise criminelle commune, la Chambre est d'avis que ces affaires ne suffisent pas à établir que cette troisième catégorie relevait d'une pratique et d'une *opinio juris* constantes des États au moment des faits concernés par le dossier n° 002 et conclut, pour les motifs développés ci-après, qu'elle n'était pas reconnue en tant que forme de responsabilité applicable aux violations du droit international humanitaire.

78. La Chambre note que ni le Statut de Nuremberg ni la Loi n° 10 du Conseil de contrôle ne fournissent d'éléments spécifiques à l'appui de l'existence de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Elle estime par ailleurs que les deux instruments supplémentaires invoqués dans l'Arrêt *Tadić*, qui n'existaient pas au moment des faits concernés par le dossier n° 002, ne sauraient servir à établir l'existence de la catégorie élargie d'entreprise criminelle commune en droit international coutumier entre 1975 et 1979.

79. Quant à la jurisprudence internationale sur laquelle s'est fondée la Chambre d'appel du TPIY en la matière, la Chambre note que les affaires *de l'île de Borkum* et *des lynchages d'Essen* pourraient effectivement contenir des éléments intéressant directement l'applicabilité

²²⁶ Réponse unique des co-procureurs, par. 33, se référant aux Observations supplémentaires des co-procureurs, par. 10, notes 22 à 26.



de l'entreprise criminelle commune élargie. Cependant, à défaut de jugement motivé dans ces affaires, l'on ne saurait dire avec certitude quelle forme de responsabilité a effectivement été appliquée. Parmi les accusés de la première de ces affaires²²⁷, se trouvaient des officiers supérieurs, des soldats, le maire de Borkum, des policiers, un civil et le responsable du Reicharbeitsdienst (Service du travail du Reich). Tous ont été accusés « de crimes de guerre, et plus particulièrement d'avoir à la fois "intentionnellement, délibérément et à tort aidé, encouragé et participé au meurtre" des aviateurs et d'avoir "intentionnellement, délibérément et à tort aidé, encouragé et participé aux agressions commises à l'encontre" des aviateurs »²²⁸. Ayant examiné les déclarations liminaires du Procureur, la Chambre d'appel du TPIY a considéré que celui-ci avait « essentiellement proposé une doctrine du but commun qui part[ait] du principe que tous les participants à l'objectif commun partag[ai]ent la même intention délictueuse, à savoir de commettre un meurtre »²²⁹. Ensuite, faute de disposer d'un verdict motivé, elle a supposé que le tribunal militaire avait « retenu la doctrine du but commun, mais sous une forme différente, puisqu'il avait déclaré certains des accusés coupables de meurtre et d'agression²³⁰, tandis que les autres n'avaient été reconnus coupables que d'agression²³¹ ». Elle a également déduit ce qui suit :

« ...tous les accusés reconnus coupables ont été déclarés responsables d'avoir poursuivi un objectif criminel commun, leur intention étant d'agresser les prisonniers de guerre. Cependant, certains ont été déclarés coupables de meurtre malgré l'absence d'éléments prouvant qu'ils avaient effectivement tué ces personnes. Ce verdict repose vraisemblablement sur le fait que les accusés, que ce soit du fait de leur statut, de leur rôle ou de leur comportement, étaient en mesure

²²⁷ Dans cette affaire, les sept membres de l'équipage d'une forteresse volante, bombardier de l'armée des États-Unis, qui avait dû faire un atterrissage forcé sur l'île allemande de Borkum avaient été faits prisonniers et forcés à marcher tout en étant battus. Ils avaient d'abord été battus par des membres du Reicharbeitsdienst, ensuite par des civils dans la rue et enfin encore par des civils avec la participation des gardes qui escortaient les prisonniers, et ce, après que le maire de Borkum eut incité la foule à les tuer, et avant que des soldats allemands ne les abattissent à leur arrivée à l'hôtel de ville.

²²⁸ Arrêt *Tadić*, par. 210, se référant à *Charge Sheet*, dans U.S. National Archives Microfilm Publications, I.

²²⁹ Arrêt *Tadić*, par. 211.

²³⁰ Ibid., par. 212, se référant à *Charge Sheet supra*, p. 1280 à 1286 ; la note 268 se lit comme suit : « Les accusés Akkerman, Krolikovski, Schmitz, Wentzel, Seiler et Goebbel ont tous été reconnus coupables de meurtre et de voies de fait et condamnés à mort, à l'exception de Krolikovski, qui a été condamné à la réclusion à perpétuité. »

²³¹ Id. ; la note 269 se lit comme suit : « Les accusés Pointner, Witzke, Geyer, Albrecht, Weber, Rommel, Mammenga et Heinemann ont été uniquement reconnus coupables de voies de fait et condamnés à des peines allant de 2 à 25 ans de réclusion. »



de prévoir que l'agression entraînerait le meurtre des victimes par certains des individus y participant. »²³²

80. La Chambre n'infère pas de ce qui précède que la forme de responsabilité sur la base de laquelle le tribunal militaire a déclaré Akkerman, Krolikovski, Schmitz, Wentzel, Seiler and Goebbel coupables de meurtre était une forme élargie d'entreprise criminelle commune. Étant donné que le Procureur a reproché à tous les accusés de partager une intention meurtrière à l'encontre des aviateurs, le tribunal militaire pourrait tout aussi bien avoir été convaincu que ces six individus avaient effectivement été animés de cette intention et n'étaient pas de ceux qui auraient simplement dû prévoir que le meurtre des victimes était une issue possible.

81. Dans la seconde affaire²³³, la Chambre d'appel du TPIY a dit pouvoir « supposer »²³⁴ que le tribunal avait accepté la thèse du Procureur. Elle a déduit²³⁵ des arguments des parties et du verdict de culpabilité rendu par le Tribunal militaire que celui-ci avait « retenu la thèse selon laquelle tous les accusés reconnus coupables avaient pris part, à des degrés divers, à l'exécution ; ils n'avaient pas tous l'intention de tuer mais tous avaient l'intention de participer aux mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre. Ils [avaient] néanmoins tous été reconnus coupables de meurtre, car "ils étaient tous impliqués"²³⁶ dans l'exécution. On peut donc en déduire que la cour a considéré que les condamnés qui avaient simplement porté un coup ou avaient implicitement poussé les autres au meurtre auraient pu prévoir que ces derniers tuent les prisonniers »²³⁷. Cette déduction finale semble plus sûre que la précédente. Il n'en reste pas moins que cette affaire ne contient aucune indication que le Procureur se soit effectivement fondé sur la notion d'objectif commun, et qu'elle ne saurait à elle seule convaincre de l'existence de l'entreprise criminelle commune élargie en droit international coutumier.

²³² Arrêt *Tadić*, par. 213.

²³³ Dans cette affaire, une foule avait pris part au lynchage de trois aviateurs sans que l'on pût dire qui avait, pour chaque victime, donné le coup de grâce.

²³⁴ Arrêt *Tadić*, par. 208.

²³⁵ *Ibid.*, par. 209.

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Id.*



82. L'Arrêt *Tadić* se fonde aussi sur plusieurs affaires portées devant des juridictions italiennes après la Seconde Guerre mondiale et portant sur des crimes de guerre commis entre 1943 et 1945. Ces crimes avaient été le fait de civils ou de membres des forces armées de ce qu'il était convenu d'appeler la Repubblica Sociale Italiana (RSI). La RSI était un gouvernement de fait sous contrôle allemand établi par le pouvoir fasciste en Italie centrale et septentrionale à la suite de la déclaration de guerre de l'Italie contre l'Allemagne le 13 octobre 1943. Les crimes avaient été commis à l'encontre de prisonniers de guerre, de résistants italiens et de membres de l'armée italienne qui combattaient les Allemands et la RSI. Dès lors que ces affaires ont été jugées par des juridictions internes sous l'empire du droit interne et qu'elle ne relèvent donc pas de la jurisprudence internationale, la Chambre ne saurait les considérer comme des précédents valables pour dresser l'état du droit international coutumier.

83. Pour les raisons qui précèdent, la Chambre estime que les précédents retenus dans l'Arrêt *Tadić* et, partant, dans l'Ordonnance contestée, ne constituent pas une assise suffisamment solide pour conclure à l'existence de l'entreprise criminelle commune élargie en droit international coutumier à l'époque des faits intéressant le dossier n° 002.

84. L'utilité exacte des principes généraux du droit en tant que sources primaires et secondaires du droit n'est pas évidente. Il demeure que la Chambre d'appel du TPIY a déclaré ou donné à penser dans certaines de ses décisions qu'il est acceptable de recourir à ces principes pour définir non seulement les éléments d'un crime international²³⁸, mais aussi la portée de la responsabilité porteuse de culpabilité pour un tel crime²³⁹. En son Arrêt *Tadić*, tout en considérant qu'il ne pouvait être recouru au droit et à la jurisprudence internes pour dégager les principes et règles internationaux renseignant sur le statut de l'entreprise

²³⁸ À titre d'exemple, dans le Jugement *Furundžija*, la Chambre de première instance a conclu que « pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis [...], il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. On peut, avec toute la prudence nécessaire, dégager ces principes du droit interne ». Jugement *Furundžija*, par. 177.

²³⁹ Voir Arrêt *Blaškić*, par. 34 à 42.



criminelle commune en droit coutumier²⁴⁰, la Chambre d'appel s'est fondée sur des lois et des affaires nationales pour conclure que la doctrine de l'entreprise criminelle commune était consacrée dans la législation nationale de nombreux États²⁴¹. On observe des variations d'un pays à l'autre quant à l'élément moral requis pour que la responsabilité pénale d'un accusé soit engagée à raison d'un crime exécuté par une personne qui agissait de concert avec lui, mais qui est allée au-delà de l'intention de l'accusé. C'est peut-être la raison pour laquelle l'Arrêt *Tadić* lui-même use de nombreuses expressions aux nuances différentes pour définir l'état d'esprit requis pour encourir la responsabilité pénale selon la théorie de l'entreprise criminelle élargie²⁴².

²⁴⁰ Pour qu'un tel recours soit valable, la Chambre d'appel a déclaré qu'« il serait nécessaire de démontrer [que] les principaux systèmes juridiques du monde adopt[ai]ent la même approche de cette notion », ce qui, a-t-elle conclu, n'était pas le cas. Arrêt *Tadić*, par. 225.

²⁴¹ Arrêt *Tadić*, par. 225. En particulier, dans le cas où un des participants à une entreprise criminelle commune commet un crime étranger au but commun (cas pertinent pour l'entreprise criminelle commune élargie), dans certains pays, cette personne sera la seule à être tenue responsable de ce crime. Arrêt *Tadić*, par. 224, notes 283 et 284, se référant à l'Allemagne et aux Pays-Bas. Voir aussi Sassoli et Olson, , p. 7 (*supra*, note 128), où il est dit que « la Chambre aurait pu ajouter la Suisse à cette liste » [traduction]. Dans d'autres pays, lorsqu'une des personnes participant à une entreprise criminelle commune commet une infraction « qui ne fait pas partie du projet commun mais était néanmoins prévisible », ceux qui partageaient l'intention de réaliser ce projet commun sont également tenus responsables de l'infraction. Arrêt *Tadić*, par. 224, notes 285 à 291, se référant à la France, à l'Italie et aux pays de *common law* que sont l'Angleterre et le Pays de Galles, le Canada, les États-Unis, l'Australie et la Zambie.

²⁴² « [L]e risque que des meurtres soient commis était à la fois une conséquence prévisible de la réalisation du but commun et [...] l'accusé était soit imprudent, soit indifférent à ce risque. » Arrêt *Tadić*, par. 204. « L'accusé [...] avait conscience que les actes commis par le groupe entraîneraient très vraisemblablement ce résultat, mais était néanmoins disposé à courir ce risque. En d'autres termes, il faut qu'il y ait de la part de l'accusé ce qu'il est convenu d'appeler dol éventuel, ou *advertent recklessness* dans certains systèmes. » Ibid., par. 220. « [L]a responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne s'applique que si [...] 1) il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, et ii) l'accusé a délibérément pris ce risque. » Ibid., par. 228. Comme l'a noté le juge Hunt dans l'Opinion qu'il a jointe à l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune : « ... il existe une différence évidente entre l'idée qu'un événement est possible et celle qu'il est vraisemblable (un synonyme de probable). La charge de la preuve qui incombe à l'Accusation dans le second cas est plus lourde que dans le premier. Le terme "risque" est équivoque, en ce qu'il tire son sens du contexte. Dans la première de ces trois formulations ("risque que des meurtres soient commis"), il semble être utilisé dans le sens de possibilité. Dans la deuxième formulation, l'expression "très vraisemblablement" signifie au moins probable (sinon plus), mais son équivalence déclarée avec la notion de dol éventuel, connue des systèmes de droit romano-germanique, semblerait la ramener une fois encore à l'idée de possibilité. » Opinion du juge Hunt jointe à l'Arrêt *Ojdanić* relatif à l'entreprise criminelle commune, par. 10. La jurisprudence du TPIY semble établie aujourd'hui et avoir retenu la troisième formulation de l'élément moral requis. « Le terme "susceptible" dans la troisième formulation indique encore une possibilité. » Ibid., par. 10. Comme l'a encore fait observer le juge Hunt : « Dans de nombreuses juridictions internes de *common law*, quand l'infraction reprochée dépasse le cadre convenu de l'entreprise criminelle commune, l'Accusation doit établir que le participant qui n'a pas commis lui-même le crime a néanmoins pris part à l'entreprise en sachant que ce crime était un incident possible dans l'exécution de l'entreprise. » Selon le même juge, « [c]ette idée est tout à fait comparable à la notion de dol éventuel, dans les systèmes de droit romano-germanique ». Ibid., par. 10 « Le dol éventuel suppose d'être alerté de ce qu'une conséquence donnée



85. La Chambre d'appel du TPIY a encore souligné en son Arrêt *Tadić* qu'elle ne s'était référée aux législations et jurisprudences internes que pour démontrer que la notion de but commun trouvait appui dans de nombreux systèmes internes, tout en précisant que l'on ne pouvait considérer ces lois et ces affaires comme des sources de normes et de principes internationaux dans le cadre de la doctrine des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, à moins de démontrer, pour ce qui était de la matière à l'étude, que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptaient la même notion de but commun, ce qui n'était pas le cas²⁴³.

86. La façon correcte de procéder pour déterminer l'existence d'un principe général de droit est illustrée dans les Jugements *Furundžija* et *Kunarac* : « ... on ne peut se limiter à un seul système juridique national comme, par exemple, celui d'un pays de la *common law* ou de tradition civiliste » à l'exclusion des autres²⁴⁴, quoique l'élaboration d'un principe général de droit ne requière pas l'examen exhaustif de tous les systèmes juridiques de la planète²⁴⁵. Il importe également d'éviter « une transposition mécanique du droit interne dans les procédures du droit pénal international »²⁴⁶. Ainsi, en son Arrêt *Blaškić*, lorsqu'elle a entrepris de déterminer si un type d'élément moral autre que l'intention directe pouvait être

peut suivre et agir cependant soit par indifférence soit en acceptant cette possibilité (c'est-à-dire en étant prêt à courir ce risque). Selon le système de droit romano-germanique, le degré d'avertissement de cette possibilité diffère mais le critère le plus exigeant semble être qu'il doit exister une base "concrète" permettant de supposer que cette conséquence suivra. » Ibid., note 44.

²⁴³ Arrêt *Tadić*, par. 225. Un des textes de doctrine invoqués par l'appelante IENG Thirith fait à l'Arrêt *Tadić* le reproche d'avoir considéré, nonobstant cette conclusion, que « la cohérence et la force de la jurisprudence et des traités susmentionnés, ainsi que leur conformité avec les principes généraux de la responsabilité pénale consacrés tant par le Statut que par le droit pénal international et le droit interne, permettent de conclure que la jurisprudence reflète les règles coutumières du droit pénal international. » Arrêt *Tadić*, par. 226. Voir Sassoli et Olson, p. 7 (*supra* note 128).

²⁴⁴ Voir Jugement *Furundžija*, par. 178 ; Jugement *Kunarac*, par. 439. Voir aussi Opinion du juge Bonomy jointe à la Décision *Ojdanić* relative à la coaction, par. 27.

²⁴⁵ Voir *Le Procureur c. Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, « Arrêt », 7 octobre 1997, Opinion individuelle des juges McDonald et Vohrah (l'« Opinion des juges McDonald et Vohrah jointe au Jugement *Erdemović* »), par. 57 (« ... il est généralement admis que [...] l'examen exhaustif de tous les systèmes juridiques de la planète [n'est pas requis]. Ce serait pratiquement impossible et la Cour internationale de justice, à l'instar des autres tribunaux internationaux qui ont eu recours à l'article 38 1) c) du Statut de la C.I.J., n'a jamais adopté une telle pratique. »); *ibid.*, Opinion individuelle du juge Stephen (l'« Opinion du juge Stephen jointe au Jugement *Erdemović* »), par. 25 (« ... il n'est pas nécessaire qu'un principe particulier soit universellement accepté par chaque nation appliquant les grands systèmes juridiques pour qu'une lacune soit comblée. »).

²⁴⁶ Voir Jugement *Furundžija*, par. 178 ; Jugement *Kunarac*, par. 439.



retenu pour le fait d'ordonner un crime au sens de l'article 7 1) du Statut du TPIY et, dans l'affirmative, comment il convenait de le définir, la Chambre d'appel du TPIY a-t-elle jugé utile de se pencher sur les approches adoptées dans les systèmes de droit nationaux vis-à-vis de l'imprudence délibérée et du dol éventuel. Elle a considéré à cet égard les systèmes juridiques des États-Unis, du Royaume-Uni, de l'Australie, de la France, de l'Italie et de l'Allemagne²⁴⁷. Ayant procédé à cet examen au niveau national, de même qu'à l'examen des précédents issus de juridictions internationales, elle a conclu que « [l]a connaissance d'un risque quel qu'il soit, si minime soit-il, ne suffit pas à mettre en œuvre la responsabilité pénale d'une personne pour des violations graves du droit international humanitaire »²⁴⁸. Elle a estimé en outre que le critère à appliquer devait incorporer « la conscience d'un risque plus grand ainsi qu'une part de volonté »²⁴⁹.

87. La Chambre estime ne pas avoir à décider si un certain nombre de systèmes juridiques internes réputés représenter les grands systèmes juridiques du monde admettent qu'un type d'élément moral moins restrictif que l'intention directe soit retenu pour que des crimes débordant le cadre d'un but criminel commun relèvent de la commission. En effet, même si tel était le cas et qu'elle était amenée à conclure que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune suffisait à engager la responsabilité pour des crimes internationaux, la Chambre n'en serait pas pour autant convaincue qu'entre 1975 et 1979, les personnes mises en examen auraient pu prévoir qu'elles encouraient ce type de responsabilité, autrement dit, que des crimes échappant au but commun, mais qui étaient la conséquence naturelle et prévisible de la réalisation de celui-ci, pouvaient engager leur responsabilité en tant que coauteurs. Elle a certes conclu que les catégories élémentaire et systémique d'entreprise criminelle commune trouvaient appui en droit cambodgien à l'époque des faits intéressant le dossier no 002, mais en sachant qu'au cœur de ces notions se trouvait le but criminel commun et l'intention partagée par les membres de l'entreprise criminelle commune de voir

²⁴⁷ Voir Arrêt *Blaškić*, par. 34 à 42.

²⁴⁸ Arrêt *Blaškić*, par. 41.

²⁴⁹ Id. Au paragraphe 42, la Chambre d'appel du TPIY conclut que « quiconque ordonne un acte ou une omission en ayant conscience de la réelle probabilité qu'un crime soit commis au cours de l'exécution de cet ordre possède la *mens rea* requise pour établir la responsabilité aux termes de l'article 7 1) pour avoir ordonné », et que « [l]e fait d'ordonner avec une telle conscience doit être considéré comme l'acceptation dudit crime ».



commettre le ou les crimes relevant de ce but. Quant à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, étant donné qu'elle permet de retenir la responsabilité de l'accusé pour des crimes étrangers au but commun, qui étaient la conséquence naturelle de la réalisation de ce but commun et dont la commission était prévisible pour l'accusé, le principe de légalité s'oppose à ce qu'elle soit appliquée dans les procédures devant les CETC²⁵⁰.

88. La Chambre accueille par conséquent les Appels en ce qu'ils réfutent l'applicabilité devant les CETC de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune²⁵¹.

89. Il résulte de ce qui précède que le premier moyen de l'Appel de IENG Thirith, faisant valoir que l'Ordonnance contestée « manque de clarté et est ambiguë » [traduction] dans sa formulation de la troisième catégorie d'entreprise criminelle²⁵², est devenu sans objet. La Chambre porte donc son examen sur le troisième moyen de l'Appelante, qui reproche aux co-juges d'instruction de n'avoir pas pris en compte son argument selon lequel l'entreprise criminelle commune n'avait pas été suffisamment établie dans le Réquisitoire introductif.²⁵³ Ayant conclu à l'inapplicabilité de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, la Chambre n'examinera le troisième moyen que dans la mesure où il porte sur l'imputation de la première catégorie d'entreprise criminelle commune.

B. La première catégorie d'entreprise criminelle commune a-t-elle été valablement retenue dans le Réquisitoire introductif ?

90. L'appelante fait valoir que son argument selon lequel « l'entreprise criminelle commune n'a pas été valablement retenue dans le Réquisitoire introductif » [traduction] n'a

²⁵⁰ La Chambre note également que les co-juges d'instruction n'ont pas répondu aux arguments spécifiques avancés sur ce point dans la requête initiale et dans les observations subséquentes de la Défense et qu'à cet égard, donc, l'Ordonnance contestée présente une lacune. Elle note enfin que l'association de malfaiteurs à laquelle les co-juges d'instruction font référence est une infraction formelle et n'est donc que de peu d'utilité pour trancher la question à l'examen.

²⁵¹ L'argument supplémentaire de IENG Thirith selon lequel le droit international coutumier ne saurait pallier le fait que l'entreprise criminelle commune élargie ne trouve aucun fondement dans le Code pénal cambodgien de 1956 est donc devenu sans objet.

²⁵² Appel de IENG Thirith, par. 9.

²⁵³ Ibid., par. 28.



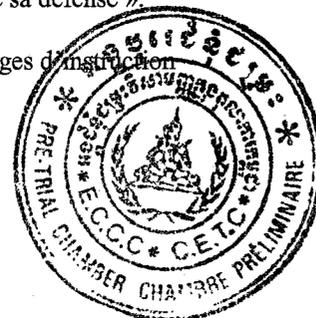
reprochés » et leur qualification juridique. Aux termes des règles 55 2) et 3) du Règlement, « [l]es co-juges d'instruction sont tenus d'instruire sur les seuls faits visés par le réquisitoire introductif ou un réquisitoire supplétif ». Ils n'instruisent pas sur les faits nouveaux portés à leur connaissance au cours de l'instruction, à moins que ces faits se bornent à aggraver les éléments visés dans un précédent réquisitoire ou qu'ils aient fait l'objet d'un réquisitoire supplétif²⁶³. À la lumière du droit fondamental de la personne mise en examen rappelé ci-dessus, la Chambre estime que les faits résumés dans le réquisitoire introductif peuvent – doivent même – être circonstanciés dans l'ordonnance de clôture de sorte que la Défense soit suffisamment informée des accusations sur la base desquelles se tiendra le procès.

93. La Chambre note que la jurisprudence du TPIY a précisé les faits essentiels qui devaient être présentés dans un acte d'accusation lorsque l'accusé se voyait imputer la commission d'un crime du fait de sa participation à une entreprise criminelle commune. Cette jurisprudence est pertinente dans le contexte des CETC dès lors qu'elle est née d'un cadre juridique soumis à des exigences d'information comparables à celles que connaissent les Chambres extraordinaires, même s'il n'y a pas de juges d'instruction au TPIY²⁶⁴. Cela étant, en l'espèce, la Chambre doit encore déterminer si ces exigences s'appliquent aussi bien au réquisitoire introductif qu'à l'ordonnance de clôture. Il ressort tout d'abord des précédents du TPIY que l'existence d'une entreprise criminelle commune est un fait essentiel qui doit être présenté dans l'acte d'accusation moyennant certaines précisions que la Chambre de première instance du TPIY a énoncées comme suit dans l'affaire *Krnjelac* :

« Afin de connaître la nature exacte des faits qui lui sont reprochés, l'accusé doit se voir notifier, dans l'acte d'accusation :

²⁶³ À moins que les faits nouveaux ne se bornent à aggraver les éléments visés dans un précédent réquisitoire, les co-juges d'instruction informent les co-procureurs des éléments qui leur ont été nouvellement révélés.

²⁶⁴ En effet, aux termes de l'article 18 4) du Statut du TPIY, l'acte d'accusation « expose succinctement les faits ou les crimes qui sont reprochés à l'accusé ». De même, l'article 47 C) du Règlement de procédure et preuve du TPIY dispose que l'acte d'accusation précise non seulement le nom du suspect, mais contient aussi « une relation concise des faits de l'affaire ». Toutefois, et cela vaut aussi pour les CETC, il importe de concevoir les conditions minimales auxquelles doit répondre la relation concise des faits à la lumière des dispositions des articles 21 2), 21 4) a) et 21 4) b) du Statut du TPIY, selon lesquelles « toute personne contre laquelle des accusations sont portées a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement », ce qui se traduit, plus spécifiquement, par son droit d'être informée « de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle » et de disposer « du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ».



- a) la nature ou l'objectif²⁶⁵ de l'entreprise criminelle commune (ou son "essence", comme l'a suggéré l'accusé en l'espèce),
- b) le moment auquel ou la période pendant laquelle l'entreprise est censée avoir existé,
- c) l'identité des participants à cette entreprise – pour autant qu'elle soit connue – ou du moins la catégorie à laquelle ils appartiennent en tant que groupe, et
- d) la nature de sa propre participation à cette entreprise.

Lorsque l'un quelconque de ces éléments ne peut être établi que par déduction, le Procureur doit identifier, dans l'acte d'accusation, les faits et circonstances qui l'ont conduit à cette déduction²⁶⁶. »

94. La nature de la participation de l'accusé dans l'entreprise criminelle commune doit donc être précisée, et lorsqu'il entend établir la nature de cette participation par déduction, le Procureur doit recenser dans l'acte d'accusation les faits et circonstances qui fondent sa déduction²⁶⁷. À cet égard, la Chambre note que la jurisprudence du TPIY semble laisser au Procureur l'alternative soit d'alléguer directement l'existence de l'élément moral requis, soit d'alléguer les faits particuliers dont cet élément moral devrait être déduit²⁶⁸, et que lorsque c'est le « comportement de l'accusé » qui doit servir à établir l'élément moral requis, ce comportement constitue un fait essentiel qui doit figurer dans l'acte d'accusation²⁶⁹. Comme

²⁶⁵ Dans la même affaire, la Chambre d'appel du TPIY a considéré que, peut importe la catégorie d'entreprise criminelle commune alléguée, « l'utilisation de [cette] notion [...] pour définir la responsabilité d'une personne à raison de crimes physiquement commis par d'autres suppose une définition stricte du but commun ». Arrêt *Krnjelac*, par. 116.

²⁶⁶ *Le Procureur c. Krnjelac*, affaire n° IT-97-25-PT, « Décision relative à la forme du deuxième acte d'accusation modifié », Chambre de première instance II, 11 mai 2000 (la « Décision *Krnjelac* relative à l'acte d'accusation »), par. 16. Voir aussi Arrêt *Kvočka*, par. 42.

²⁶⁷ Décision *Milutinović* relative à l'acte d'accusation, par. 7.

²⁶⁸ Voir, en particulier, Arrêt *Blaškić*, par. 219, approuvant *Le Procureur c. Brđanin et Talić*, affaire n° IT-99-36-PT, « Décision relative à la forme du nouvel acte d'accusation aux fins de modification dudit acte », Chambre de première instance II, 26 juin 2001, par. 33, où il est dit concernant l'élément moral qu'« [i]l y a deux façons de plaider l'état d'esprit blâmable : i) en présentant les faits à partir desquels l'intention coupable doit nécessairement être déduite, ou ii) en présentant l'intention pertinente elle-même comme fait matériel ».

²⁶⁹ Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, par exemple, la Chambre d'appel a estimé qu'une réunion à laquelle Kordić aurait assisté, selon les accusations portées au procès, constituait un élément essentiel de la thèse du Procureur et aurait dû être mentionnée dans l'acte d'accusation. *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, « Arrêt », 17 décembre 2004, par. 144 et 147. voir aussi Arrêt *Kvočka*, par. 29. De même, dans l'affaire *Ntakirutimana* portée devant le TPIR, le Procureur avait présenté le comportement spécifique de l'accusé en des termes plutôt généraux, sans décrire divers aspects de ses faits et gestes, alors qu'il était en mesure de le faire. La Chambre d'appel du TPIR a ainsi annulé plusieurs des constatations que la Chambre de première instance avait faites quant aux actes et au comportement spécifiques de l'accusé. Il s'agissait notamment du meurtre d'un certain Esdras qui aurait été commis par Gérard Ntakirutimana lors de l'attaque de la colline de Mutiti, un fait que la Chambre de première instance avait retenu comme tendant à établir l'élément matériel et / ou l'élément moral requis pour la commission du génocide, mais que le Procureur n'avait pas mentionné dans son acte d'accusation, lequel se trouvait donc entaché de vice sur ce point. *Le Procureur c. Ntakirutimana et*



l'a noté la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Milutinović et consorts*, « [l]a *mens rea* étant presque toujours déduite de faits et de circonstances établis à l'aide de preuves, l'accent mis sur l'exposé des faits sur lesquels l'Accusation entend se fonder pour établir la *mens rea* requise est révélateur de l'importance qu'il y a, aux yeux de la Chambre d'appel, à veiller à ce que l'accusé soit clairement informé de la nature et des motifs des accusations portées contre lui »²⁷⁰.

95. Quant à l'argument des co-procureurs affirmant qu'ils ne sont pas tenus de faire la distinction entre les trois formes d'entreprise criminelle commune à ce stade, les personnes mises en examen ayant été suffisamment informée que l'instruction porterait sur leur participation à une entreprise criminelle commune²⁷¹, la Chambre estime utile d'examiner ce point, encore une fois, à la lumière de la jurisprudence d'autres juridictions internationales ou internationalisées. En son Arrêt *Krnojelac*, la Chambre d'appel du TPIY a jugé qu'il était « préférable qu'un acte d'accusation, qui envisage la responsabilité de l'accusé comme participant à une entreprise criminelle commune, précise aussi la forme d'entreprise criminelle commune (élémentaire ou élargie) envisagée »²⁷², mais que « cette précision ne priv[ait] pas en principe le Procureur de la possibilité d'invoquer, en dehors de l'acte d'accusation, par exemple dans le cadre d'un Mémoire préalable au procès, la théorie juridique qui lui apparaît la plus à même de démontrer que, vu les faits allégués, le ou les

Ntakirutimana, affaire n^{os} ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, « Arrêt », 13 décembre 2004 (l' « Arrêt *Ntakirutimana* »), par. 86, 99 et 504 ; voir aussi *Le Procureur c. Ntakirutimana et Ntakirutimana*, affaire n^{os} ICTR-96-10-T et ICTR-96-17-T, « Jugement portant condamnation », 21 février 2003, par. 832 et 834. Dans la même affaire, la Chambre d'appel a jugé que la Chambre de première instance avait commis une erreur en se fondant sur des faits essentiels qui ne figuraient pas dans les accusations pour reconnaître Élizaphan Ntakirutimana coupable d'aide et d'encouragement au génocide. Elle a par conséquent annulé la reconnaissance de culpabilité de l'intéressé au titre de l'acte d'accusation de Mugonero pour avoir convoyé des assaillants au complexe du même nom, de même que sa reconnaissance de culpabilité au titre de l'acte d'accusation de Bisero pour avoir participé à un convoi de véhicules transportant des assaillants à la colline de Kabatwa et avoir indiqué où se trouvaient des réfugiés tutsis sur la colline de Gitwa, ainsi que pour avoir transporté des assaillants à l'école primaire de Mubuga et y avoir assisté à une attaque à la mi-mai. Voir arrêt *Ntakirutimana*.

²⁷⁰ Décision *Milutinović* relative à l'acte d'accusation, par. 8.

²⁷¹ Réponse unique des co-procureurs, par. 81.

²⁷² Arrêt *Krnojelac*, par. 138. Voir aussi, dans le contexte du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), *Le Procureur c. Kanu*, affaire n^o SCSL-2003-13-PT, « *Decision and Order on Defence Preliminary Motion for Defects in the Form of the Indictment* », Chambre de première instance, 19 novembre 2003, par. 14. Dans cette affaire où se posait la question de savoir si le Procureur avait à préciser s'il alléguait l'entreprise criminelle commune élémentaire ou élargie, la Chambre ne s'est pas prononcée sur la différenciation qu'il y aurait à faire entre les deux catégories.

Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction
relative à l'entreprise criminelle commune
Original EN: 00486521-00486589



crimes allégués étaient en droit imputables à l'accusé[, c]ette possibilité [étant] cependant limitée par la nécessité de garantir à l'accusé un procès équitable »²⁷³. De l'avis de la Chambre, si l'on se place dans le contexte des CETC, cette obligation d'informer doit, dans une certaine mesure, s'appliquer au réquisitoire introductif, de sorte que la personne mise en examen puisse exercer son droit de participer à l'instruction²⁷⁴. Cela étant, le degré de précision exigé d'un acte d'accusation ne saurait être directement transposé à un réquisitoire introductif établi par les co-procureurs sans le bénéfice d'une enquête complète. Aussi la Chambre conclut-elle que s'il est préférable que le réquisitoire introductif dénonçant la responsabilité de la personne mise en examen en tant que participante à une entreprise criminelle commune précise la ou les catégories d'entreprise criminelle commune alléguées (élémentaire ou systémique)²⁷⁵, les co-procureurs ne sont pas privés de la possibilité d'apporter cette précision au stade du réquisitoire définitif. Au plus tard, les co-juges d'instruction peuvent particulariser la ou les formes de participation dans leur ordonnance de clôture²⁷⁶.

96. L'appelante invoque également la Décision relative à l'ordonnance de renvoi rendue par la Chambre dans le dossier n° 001, dans laquelle il a été conclu au caractère vague de la description de l'entreprise criminelle commune qui était envisagée sous ses trois catégories. La Chambre note que sa conclusion portait sur la façon dont l'« entreprise criminelle commune mise en œuvre à S-21 » était présentée dans l'Ordonnance de renvoi relativement au dossier n° 001, après sa disjonction du dossier n° 002, ayant elle même relevé que

²⁷³ Arrêt *Krnojelac*, par. 138.

²⁷⁴ Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 140 (« Les dispositions de la règle 21 1) d) du Règlement sont censées s'appliquer à partir du moment de l'arrestation... »)

²⁷⁵ La troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne s'appliquant pas devant les CETC, son identification est sans objet en l'espèce.

²⁷⁶ Selon le précédent *Krnojelac*, lorsqu'ils informent la personne mise en examen de la « nature de sa participation » à l'entreprise criminelle commune alléguée, les co-procureurs doivent pour le moins indiquer les faits dont ils entendent déduire l'élément moral requis. Décision *Krnojelac* relative à l'acte d'accusation, par. 16 ; voir aussi Décision *Milutinović* relative à l'acte d'accusation, par. 7 à 9. L'élément moral constitutif de la première catégorie d'entreprise criminelle commune réside dans « l'intention de commettre » les crimes relevant du but commun, et celui de la deuxième catégorie dans « la connaissance de la nature du système [concerté de mauvais traitements] » et « l'intention de contribuer à sa mise en œuvre ». Voir Ordonnance contestée, par. 15. Par conséquent, pour alléguer valablement les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune, les co-procureurs doivent mentionner les faits essentiels dont ils déduisent l'existence de l'élément moral requis pour chaque catégorie.

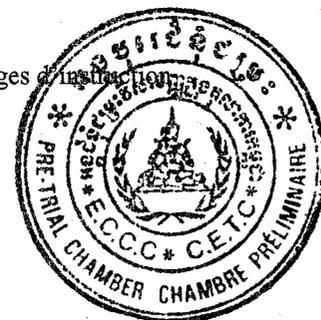


« l'entreprise criminelle commune à laquelle [Duch et les personnes mises en examen dans le dossier n° 002] sont accusés d'avoir participé est envisagée dans le cadre du [...] dossier n° 002 »²⁷⁷. Par conséquent, la Chambre juge que l'application de l'entreprise criminelle commune dans le dossier n° 001 est sans pertinence pour le dossier n° 002.

97. Ayant examiné les portions pertinentes du Réquisitoire introductif²⁷⁸, la Chambre est d'avis que les co-procureurs ont fourni aux personnes mises en examen des informations

²⁷⁷ Décision relative à l'ordonnance de renvoi, par. 123.

²⁷⁸ « Un plan criminel commun, ou une entreprise criminelle commune, a vu le jour le 17 avril 1975 ou avant et s'est poursuivi au moins jusqu'au 6 janvier 1979 » (par. 5); « L'objet de ce plan criminel commun était la persécution systématique de groupes spécifiques au sein de la population cambodgienne, [...] abolissant toutes les différences de caractère ethnique, national, religieux, racial, social et culturel, par le biais de la commission de crimes tombant sous le coup [...] de la Loi sur les CETC » (par. 6); « Ce plan criminel commun avait également pour objectif de supprimer les droits fondamentaux, tels que le droit à la liberté, à la sécurité des biens et des personnes, à la liberté d'opinion, d'expression, de pensée, de conscience et de religion, et le droit à avoir une famille et une vie personnelle » (par. 7); « Les individus ayant participé sciemment et délibérément à cette entreprise criminelle commune pendant toute la période où elle a sévi, ou à certains moments, sont notamment NUON Chea, IENG Sary, KHIEU Samphan, IENG Thirith et KANG Keck Iev (DUCH) [...]. Ces individus ont participé à l'entreprise criminelle commune en tant que co-auteurs, directement ou indirectement. Le résultat criminel était le but recherché, même s'ils n'ont pas commis en personne tous les crimes [perpétrés en exécution de ce plan] » (par. 8); « IENG Sary en tant que membre du Comité permanent et vice-Premier ministre des Affaires étrangères, appuyait, fomentait, favorisait, encourageait et/ou cautionnait la commission des crimes décrits [dans le Réquisitoire introductif...]. IENG Sary avait également connaissance des conditions illégales qui régnaient dans le pays étant donné qu'il se rendait personnellement dans divers ministères et leurs sous-unités à Phnom Penh [...]. Ses déclarations publiques témoignent également qu'il n'ignorait rien de ces faits. [...] IENG Sary avait connaissance et aidait à organiser le travail forcé à grande échelle, la détention illégale, les mauvais traitements, les actes de torture et les exécutions extrajudiciaires du personnel du ministère des Affaires étrangères » (par. 88); « KHIEU Samphan, du fait des nombreuses fonctions de direction qu'il a assumées au sein du PCK, a soutenu, fomenté, facilité, encouragé et/ou cautionné la commission des crimes décrits [dans le Réquisitoire introductif]. [...] KHIEU Samphan a encouragé et facilité l'évacuation forcée de Phnom Penh et d'autres grandes villes immédiatement après la victoire du PCK le 17 avril 1975. [...] Il a participé à l'organisation du travail forcé sur l'ensemble du territoire. Il inspectait régulièrement les bâtiments publics, les chantiers, les usines et les sites agricoles » (par. 97); « IENG Thirith en tant que ministre des Affaires sociales a soutenu, fomenté, facilité, encouragé et/ou cautionné la commission des crimes décrits [dans le Réquisitoire introductif]. [...] IENG Thirith a planifié, dirigé, assuré la coordination, orienté et ordonné la mise en œuvre des politiques du PCK [...] notamment: [...] en recrutant des adolescents illettrés et incompetents pour remplacer du personnel médical spécialisé [...] et] en effectuant des voyages dans le pays pour évaluer et rendre compte directement à POL Pot de l'état de la santé, de l'alimentation et des conditions de vie [...]. IENG Thirith a contribué à mettre en place ces politiques, alors qu'elle était consciente de la situation sanitaire qui régnait au Kampuchéa démocratique, contribuant ainsi à mettre en place et à maintenir des conditions de vie inhumaines et à provoquer de nombreux décès parmi la population du Kampuchéa démocratique » (par. 103); « Ces suspects ont planifié, fomenté, ordonné, aidé et encouragé ou commis ces crimes. Leur but était bel et bien que ces crimes soient commis [...] » (par. 115); « Ces suspects ont commis ces crimes en participant à un plan criminel commun en concertation avec d'autres co-auteurs. Ces crimes étaient l'objectif que visait cette entreprise criminelle commune [...]. D'autres membres du plan criminel commun ont agi au service de l'objectif commun, mus par une même volonté » (par. 116). Voir « Réquisitoire introductif », 18 juillet 2007, doc n° D3, p. 56 à 84, pour un exposé plus exhaustif de la nature de la participation de chaque personne mise en exam.



suffisamment précises sur les faits relatifs à leur participation alléguée à une entreprise criminelle commune pour qu'elles puissent prendre pleinement part à l'instruction et être suffisamment informées durant cette phase de la procédure. C'est manifestement le cas pour ce qui est de la nature ou de l'objectif de l'entreprise criminelle commune ainsi que de sa chronologie. Pour ce qui est de déterminer si les personnes mises en examen ont été suffisamment informées de l'intention des co-procureurs de leur imputer toutes les catégories d'entreprise criminelle commune, la Chambre note qu'aux yeux de l'appelante, les paragraphes 5 à 16 du Réquisitoire introductif porteraient sur la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune, tandis que les première et troisième catégories ne seraient allégués, sans faits à l'appui, que dans la partie finale du document ayant ouvert l'information contre les suspects, lequel est donc dépourvu de la précision requise par la Chambre²⁷⁹. La Chambre est néanmoins d'avis que cette affirmation ne saurait résister à une lecture appropriée du Réquisitoire introductif: le parti des co-procureurs d'imputer toutes les catégories d'entreprise criminelle commune ne fait pas de doute. De fait, l'appelante elle-même a expressément relevé que les trois catégories figuraient bien, d'une façon ou une autre, dans le Réquisitoire introductif. Quant aux membres allégués de l'entreprise criminelle commune, s'il est vrai que les co-procureurs n'ont pas nommé d'autres participants que les personnes mises en examen, la Chambre part du principe que les co-juges d'instruction fourniraient dans leur ordonnance de clôture, le cas échéant, les noms d'autres membres de l'entreprise criminelle commune alléguée qu'ils auraient identifiés au cours de leurs investigations. S'agissant de la nature de la participation des personnes mises en examen, la Chambre estime que les co-procureurs auraient pu fournir plus de précisions sur la part prise par chaque appelant dans l'entreprise criminelle commune alléguée. Il n'en résulte toutefois pas de défaut d'information à ce stade de la procédure, pour autant que s'ils renvoient tel ou tel appelant en procès, en retenant sa participation à une entreprise criminelle commune en tant que mode de commission, les co-juges d'instruction circonstancient dans leur

²⁷⁹ Observations IENG Thirith, par. 18 à 23. Les co-procureurs répondent que c'est à juste titre que les co-juges d'instruction n'ont pas considéré les mesures sollicitées par IENG Thirith, que c'est uniquement au stade de l'ordonnance de clôture qu'il convient de rechercher si les crimes et formes de responsabilité ont été valablement établis, les co-juges d'instruction pouvant, bien que tenus de n'instruire que les faits du réquisitoire introductif, modifier la qualification de ces faits après analyse du dossier d'instruction au complet, et que la décision invoquée par l'appelante n'était pas pertinente car elle concernait le stade de l'ordonnance de clôture. Réponse unique des co-procureurs, en particulier, par. 78 à 80



ordonnance de renvoi le comportement dont doit se déduire, pour chaque accusé, la participation et / ou l'élément moral requis.

C. L'entreprise criminelle commune s'applique-t-elle tant aux crimes de droit interne qu'aux crimes internationaux ?

98. Dans leur Appel, les co-avocats des parties civiles affirment que l'entreprise criminelle commune s'applique également aux crimes visés par le Code pénal cambodgien de 1956, au motif que « la reconnaissance de responsabilité au titre de l'[entreprise criminelle commune] existait en droit cambodgien en 1956 sous les vocables "coaction et complicité" et incluait à minima les deux premières catégories d'entreprise criminelle commune »²⁸⁰. Ils font valoir qu'il « n'y avait pas en droit cambodgien de régime juridique autonome spécifique pour ces crimes [et qu']il n'y a pas lieu d'appliquer des principes d'interprétation concernant des catégories spécifiques en fonction de la tradition juridique française »²⁸¹. Ils soutiennent également que « [c]es crimes qui revêtent un caractère international sont d'abord et aussi des crimes nationaux, poursuivis en tant que tels par la loi nationale pertinente, laquelle prévoit le cas de la pluralité d'auteurs (co-action) et l'aide et assistance (complicité) »²⁸². Contrairement à ce que les co-procureurs avancent dans leur Réponse unique²⁸³, les co-avocats des parties civiles demandent l'infirmité de l'Ordonnance contestée sur la question de l'entreprise criminelle commune au regard de la loi cambodgienne.

²⁸⁰ Appel des parties civile, par. 10.

²⁸¹ Ibid., par. 11. Contrairement à l'esprit de leur Appel, semble-t-il, les co-avocats des parties civiles ne demandent pas l'infirmité de l'Ordonnance contestée en ce qu'elle dit que l'entreprise criminelle commune n'est pas applicable aux crimes de droit interne. En son Appel, KHIEU Samphan fait grief à l'Ordonnance contestée d'instituer « un système répressif à deux vitesses » pour les crimes internationaux et de se fonder sur le droit français pour conclure à l'existence d'un « régime juridique autonome » pour les crimes internationaux. Il fait valoir que l'ouvrage de droit auquel se réfèrent les co-juges d'instruction date de 2002 et que le régime juridique autonome invoqué par les magistrats instructeurs pour les crimes internationaux ne faisait pas partie du droit français qui a inspiré le Code pénal cambodgien de 1956. Il ajoute « que le régime juridique autonome tel qu'il s'applique aux (seuls) crimes contre l'humanité en droit français et en 2002 n'inclut pas de règles spécifiques d'engagement de la responsabilité individuelle ». Appel de KHIEU Samphan, par. 60 à 71.

²⁸² Appel des parties civiles, par. 11.

²⁸³ Réponse unique des co-procureurs, par. 73.



99. Les co-procureurs conviennent que la dichotomie fondée sur l'existence de régimes juridiques autonomes régissant les crimes de droit interne et les crimes internationaux n'existe pas devant les CETC, sans égard à ce qui pourrait être le cas en droit français ou même en droit cambodgien, car les Chambres extraordinaires « sont une juridiction *sui generis* dotée [d'une loi] et d'un ensemble de règles de procédure propres dont ne ressort aucune dichotomie »²⁸⁴.

100. La Chambre relève que les co-juges d'instruction ont considéré que les formes de responsabilité telles que l'entreprise criminelle commune ne s'appliquaient pas au-delà du domaine des crimes internationaux, et croit comprendre que les magistrats instructeurs ont tiré cette conclusion du fait que le Code pénal cambodgien de 1956 était inspiré du droit français. Ils affirment ainsi que « les crimes internationaux [...] constituent une catégorie spécifique soumise à un régime juridique autonome » et que les formes de responsabilité relatives aux crimes internationaux ne peuvent s'appliquer aux crimes de droit national²⁸⁵.

101. L'argument des avocats des parties civiles selon lequel l'entreprise criminelle commune était prévue par le Code pénal cambodgien de 1956 sous les qualifications de coaction et de complicité n'est pas entièrement correcte. Comme indiqué plus haut²⁸⁶, l'entreprise criminelle commune, du moins sous ses formes élémentaire et systémique, ressemble à la coaction visée par le droit cambodgien applicable tout en s'en différenciant. Dans les deux cas, sont considérés comme coauteurs non seulement ceux qui accomplissent physiquement l'élément matériel du crime, mais aussi ceux qui, tout en partageant l'élément moral du crime, contribuent ou participent à sa réalisation. Cela étant, la participation à une entreprise criminelle commune, même si elle se veut plus significative et ne saurait être purement immatérielle, recouvre des situations où l'accusé peut être plus éloigné de la perpétration même de l'élément matériel du crime que dans le cas de la participation directe

²⁸⁴ Ibid, par. 75.

²⁸⁵ Ordonnance contestée, par. 22, selon laquelle ce régime est « distinct du droit pénal national et caractérisé par un ensemble cohérent de règles de procédure et de fond ». Voir aussi Ordonnance contestée, par. 22, note 44, se référant à F. Desportes and F. Le Guehec, *Droit Pénal Général*, Ed. ECONOMICA, CorpusDroitPrivé, (2002), p. 177, par. 174.

²⁸⁶ Voir par. 41 ci-dessus.



requisé sous l'empire du droit interne. L'argument invoqué par les parties civiles ne vient donc pas étayer le grief selon lequel les co-juges d'instruction ont commis une erreur en considérant que les CETC ne pouvaient appliquer l'entreprise criminelle commune qu'aux crimes internationaux.

102. Les co-procureurs ont raison de dire que l'article 29 de la Loi relative aux CETC, qui énumère les formes de responsabilité individuelle applicables devant les CETC, ne fait pas de distinction entre les crimes de droit interne définis à l'article 3 (nouveau) et les crimes de droit international définis aux articles 4 à 7. Ce fait n'est toutefois pas déterminant pour la question en litige. Conformément à l'article premier de la même Loi, son article 29 a pour objet de traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, définis à l'article 3 (nouveau), commis durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979. De l'avis de la Chambre, la coaction au sens du droit interne et l'entreprise criminelle commune sont des formes de responsabilité qui s'inscrivent toutes deux dans le cadre de l'article 29 de la Loi relative aux CETC et y relèvent de la commission. Peu importe que l'Ordonnance contestée se fonde à tort ou à raison sur la notion de régimes autonomes du droit français, la Chambre estime qu'aucun des arguments avancés par les appelants ne permet de conclure que les co-juges d'instruction ont fait erreur en considérant dans l'Ordonnance contestée que, devant les CETC, l'entreprise criminelle commune, en tant que forme de responsabilité reconnue par le droit international coutumier, s'appliquait aux crimes internationaux et non aux crimes de droit interne. Ce moyen d'appel ne saurait prospérer.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE :

1. **FAIT DROIT** aux Appels de IENG Sary, IENG Thirith et KHIEU Samphan en ce qu'ils contestent la reconnaissance par les co-juges d'instruction de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune élargie (troisième catégorie) devant les CETC ;
2. **REJETTE** les Appels pour le surplus.



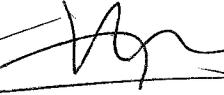
Phnom Penh, le 20 mai 2010

La Chambre préliminaire




Rowan
DOWNING


NEY Thol


Catherine
MARCHI-UHEL


PEN Pichsaly
Président
CHIRAK Kimsan